

UNIVERSITÉ DE LYON
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

ESSAI SUR LA NATURE DE L'ARBITRAGE

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

*soutenue devant la Faculté de Droit et des Sciences Économiques
de Lyon le 1^{er} juillet 1964*

par

Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI

Lauréate de la Faculté de Droit et des Sciences Économiques de Lyon

JURY :

Président :	M. le Doyen J. VINCENT
Assesseurs	{ M. R. GUILLIEN, Professeur
	{ M. R. NERSON, Professeur

P A R I S
LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20, Rue Soufflot, 20

1965

L'ARBITRAGE

Nature Juridique

Droit Interne et Droit International Privé





Digitized by the Internet Archive
in 2026

UNIVERSITÉ DE LYON

FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

ESSAI SUR LA NATURE DE L'ARBITRAGE

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

soutenue devant la Faculté de Droit et des Sciences Économiques

par

Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI

Lauréate de la Faculté de Droit et des Sciences Économiques de Lyon

JURY :

Président :	M. le Doyen J. VINCENT
Assesseurs	{ M. R. GUILLIEN, Professeur
	{ M. R. NERSON, Professeur

1965

ESSAI SUR LA NATURE DE L'ARBITRAGE

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée par le Docteur en Droit et des Sciences Économiques

Jacques ROBERT-DEVIH

Docteur en Droit et des Sciences Économiques de la Faculté de Droit et des Sciences Économiques de l'Université de Lyon

Président : M. R. CAILLON, Professeur
Rapporteurs : M. R. CAILLON, Professeur
M. R. CAILLON, Professeur
M. R. CAILLON, Professeur

*La Faculté n'entend donner aucune approbation
ou improbation aux opinions émises dans les
thèses ; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs*

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE

L'INFLUENCE CONTRACTUELLE

- L'arbitrage et l'ordre public.
- La sentence étrangère et le droit applicable.

DEUXIEME PARTIE

L'INFLUENCE JURIDICTIONNELLE

- L'organisation institutionnelle de l'arbitrage.
- La répartition de compétence entre les tribunaux officiels et la juridiction arbitrale.

TROISIEME PARTIE

LA RENCONTRE DES DEUX INFLUENCES

- Les voies de recours.

INTRODUCTION

1. — L'arbitrage connaît aujourd'hui une ampleur que son développement en marge de la justice officielle ne laissait guère prévoir. Qu'il emprunte la forme d'un recours à une personnalité choisie pour ses qualités particulières, ou, plus fréquemment à l'heure actuelle, d'un recours à un organisme spécialisé, il est incontestable que l'arbitrage occupe une place de choix au sein du monde des affaires, sur le plan national comme sur le plan international.

Institution majeure de notre droit, il est cependant très mal réglementé ; aussi, la recherche de sa nature se pose-t-elle comme une nécessité fondamentale, car elle commande le régime à adopter.

Bien qu'elle se réfère constamment à la nature de l'arbitrage pour motiver ses décisions, la jurisprudence est marquée par des revirements fréquents et spectaculaires. Le rôle important qu'elle doit assumer, et qui est très souvent un rôle créateur, aboutit parfois à paralyser pour partie, ou du moins à freiner le fonctionnement de l'institution, dont la nature constitue, il est vrai, un problème peu facile à résoudre. La notion même d'arbitrage se détache sur un fond d'ambiguïté. Cette « justice d'origine contractuelle » réunit deux concepts qui, dans nos systèmes, où le pouvoir judiciaire découle du principe de souveraineté, paraissent *a priori* s'associer difficilement.

2. — Les définitions classiques rendent compte de cette ambiguïté : « l'arbitrage est le jugement d'une contestation par de simples particuliers que les parties prennent comme juges (1) ; « on appelle arbitrage la faculté pour les parties de soustraire le différend qui les divise au jugement des tribunaux donnés par la loi pour le soumettre à une personnalité de leur choix » (2) ; « on entend par arbitrage l'institution d'une justice privée grâce à laquelle des litiges sont soustraits à la justice de droit commun, pour être résolus par des individus revêtus de cette mission pour la circonstance » (3).

(1) Glasson, Tissier, Morel, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, T. V, n° 1801.

(2) Garçonnet et César-Bru, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, T. VIII, n° 220.

(3) Robert, *Traité de l'arbitrage civil et commercial*, p. 1.

Le recours à cette juridiction contractuelle peut se présenter sous deux formes.

— Il s'agit d'un compromis quand l'accord des parties survient alors que la contestation est déjà née : « le compromis est la convention par laquelle les parties en litige, dans la volonté d'échapper aux juridictions constituées, conviennent de recourir au ministère d'arbitres pour juger une contestation déterminée » (4).

— L'accord des parties prend le nom de clause compromissoire, lorsqu'on décide, à l'occasion d'un contrat, et avant toute contestation, de soumettre à des arbitres les difficultés qui pourraient en résulter. La clause compromissoire est celle « par laquelle des contractants décident de soumettre leurs litiges éventuels à l'arbitrage, s'engagent à l'avance à signer, le jour où surviendra entre eux un différend, un compromis » (5).

La situation sera donc identique dans l'un et l'autre cas, une fois les arbitres désignés et saisis.

3. — Du fait que l'institution trouve sa source dans un contrat, et que son aboutissement est une décision qui ressemble fortement à un jugement, trois conceptions doctrinales ont vu le jour en ce qui concerne sa nature. Pour certains auteurs, la composante juridictionnelle devrait l'emporter ; pour d'autres, au contraire, le contrat originaire serait d'une importance telle qu'il dominerait toutes les phases de la procédure. A l'heure actuelle, on admet plutôt que l'élément contractuel et l'élément juridictionnel s'associent pour donner à l'arbitrage une nature mixte ou hybride (6).

4. — La théorie de la nature juridictionnelle de l'arbitrage fut adoptée par la Cour de Paris, le 10 décembre 1901 (7), dans une célèbre affaire Del Drago, relative à la succession de la reine Marie-Christine de Bourbon d'Espagne. Il s'agissait notamment de désigner la juridiction compétente pour accorder l'exequatur à la sentence étrangère. Les demandeurs produisirent une consultation de Lainé (8), qui emporta la conviction du Tribunal (9), puis celle de la Cour, et incita les deux juridictions à admettre que les sentences étrangères, comme les jugements, devaient recevoir l'exequatur du Tribunal tout entier.

Les arguments exposés par Lainé furent repris depuis et développés, notamment par Bartin, Pillet et Niboyet (10).

(4) Morel, V^e « Compromis », Rep. civ. Dalloz.

(5) Cuche et Vincent, *Procédure civile et commerciale*, Précis, n° 612.

(6) En droit français. Sur les divergences en matière de législations, voir David, « Le concept d'arbitrage privé et les conventions internationales », *Etudes Julliot de la Morandière*, p. 147.

(7) Paris, 10 déc. 1901, Clunet 1902, p. 314.

(8) Lainé, *Consultation*, Clunet 1899, p. 641.

(9) Tr. civ. Seine, 16 mars 1899, Clunet 1899, p. 744.

(10) Bartin, *Principes de droit international privé*, T. I, § 162, § 217 et ss. ; Pillet, *Traité de droit international privé*, T. II, pp. 530 et ss. ; Pillet et Niboyet, *Manuel de droit international privé*, pp. 970 et ss. ; Niboyet, *Traité de droit international privé français*, T. VI, 2, n° 1985 et ss.

Ces auteurs invoquent les textes du Code de procédure civile, où figurent les mentions de « litige » (11), de « parties » (12), de « jugement arbitral » (13) ; les arbitres doivent « juger » (14) ; ils procèdent, sauf convention contraire, « suivant les règles et les formes établies par les tribunaux » (15).

Les adversaires de la théorie juridictionnelle ont rejeté cet argument, au motif que l'analogie — et non l'identité — qui existe entre la procédure d'arbitrage et celle suivie devant les juridictions officielles, justifie suffisamment le fait que le législateur utilise les mêmes termes (16).

En réalité, il y a là un indice très fort (17), mais qui se rapporte exclusivement à la nature de la décision rendue par les arbitres, et non à celle de l'arbitrage tout entier.

5. — Il en va de même en ce qui concerne l'autorité de chose jugée (18), que doit posséder la sentence, et surtout en ce qui concerne l'intervention des tribunaux après qu'elle ait été prononcée. Si l'on peut, à la rigueur, admettre avec certains auteurs (19) que le souci d'assurer l'impartialité de la décision a dicté des dispositions analogues à celles qui existent en matière de jugements, on doit reconnaître que les partisans d'une conception entièrement contractuelle de l'arbitrage ne peuvent réfuter de façon satisfaisante l'argument tiré de l'appel devant les juridictions ordinaires.

Pour Weiss (20) notamment, il s'agirait d'un arbitrage au second degré, prévu par une convention tacite des parties ; Martin (21) a objecté de façon décisive que les magistrats de la Cour n'étaient pas libres d'accepter ou de refuser cette mission. M. le Professeur Balladore-Pallieri (22), ainsi que M. Klein (23), voient dans ce recours une des nombreuses dispositions par lesquelles le législateur protège les parties contre elles-mêmes. Cette opinion est certes fondée, surtout dans la mesure où l'appel est toujours possible en cas d'atteinte à une règle d'ordre public ou aux droits de la défense ; mais elle est insuffisante. M. Balladore-Pallieri déclare alors que la sentence produit un

(11) Article 1006.

(12) Articles 1009 et ss.

(13) Articles 1010 à 1028.

(14) Articles 1013 et 1016.

(15) Article 1009.

(16) Balladore-Pallieri, « L'arbitrage privé dans les rapports internationaux », *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, T. 51, p. 307 ; Klein, « Considérations sur l'arbitrage en droit international privé », p. 196, et note 39.

(17) Repris notamment par Robert, *Traité*, n° 186, et Cornu et Foyer, *Procédure civile*, p. 48.

(18) Invoquée particulièrement par Martin, *op. cit.*, § 217.

(19) Klein, *op. cit.*, p. 185 ; voir également Holleaux, *Compte rendu de cet ouvrage*, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1956, p. 178.

(20) Weiss, « De l'exécution des sentences arbitrales étrangères en France », *Rev. Lapradelle*, 1906, p. 41.

(21) Martin, *op. cit.*, p. 601.

(22) Balladore-Pallieri, *op. cit.*, pp. 308-309.

(23) Klein, *op. cit.*, p. 188.

des effets des jugements ordinaires, tout en restant différente de ceux-ci. M. Klein analyse l'appel comme l'exercice d'un droit de révocation, la sentence étant rendue, toutes les fois que ce droit existe, sous une double condition suspensive, celle de n'être pas frappée d'appel dans un certain délai, et celle de n'être pas remplacée par un jugement du tribunal. On a remarqué (24) fort justement que cette possibilité de révocation aurait une conséquence bien curieuse, puisqu'elle aboutirait à priver les plaideurs d'un degré de juridiction. Mais de plus, les juges du second degré ne procèdent pas comme s'ils étaient saisis pour la première fois de l'affaire, ni comme s'il s'agissait d'une convention. Lainé (25) relevait justement que la sentence peut être « révisée, amendée, réformée » par la Cour d'appel.

6. — Pour les partisans de la théorie juridictionnelle, la sentence est un jugement, et ce caractère imprègne tous les actes antérieurs ; le compromis, « abandonné à la volonté des parties, met simplement en mouvement l'institution » qui, dès ce moment, « se développe de sa vie propre » (26).

Si l'arbitre rend la justice, il ne peut le faire que par une délégation de souveraineté (27).

Le point le plus faible de cette conception réside précisément dans cette notion de délégation de souveraineté, fort contestée à l'heure actuelle (28). Comme l'a écrit un auteur (29) « l'affaire est de savoir si le droit qui est ainsi dit s'impose aux parties en raison de leur accord préalable, ou de la puissance de l'Etat ».

On rejette de plus en plus l'idée que la création de sources normatives soit l'apanage exclusif de l'Etat (30). Aussi la doctrine a-t-elle pratiquement abandonné la thèse juridictionnelle.

7. — La théorie de la nature contractuelle de l'arbitrage, défendue devant la Cour de cassation par Merlin, le 15 juillet 1812 (31), connut un assez grand succès devant les juridictions inférieures (32) jusqu'à l'arrêt Del Drago et même au-delà (33). Préconisée par les anciens

(24) Motulsky, note sous Paris, 9 déc. 1955, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1956, p. 531.

(25) Lainé, *loc. cit.*, p. 652.

(26) Pillet et Niboyet, *op. cit.*, p. 970.

(27) Bartin, *op. cit.*, p. 609 ; Pillet, *op. cit.*, p. 533 ; Niboyet, *op. cit.*, n° 1981.

(28) Ballardore-Pallieri, *op. cit.*, p. 300 ; Holleaux, art. préc., p. 178.

(29) Aubert, note sous Tr. Cant. Vaud, 12 fév. 1957, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, p. 369.

(30) Klein, *op. cit.*, 1955, p. 185 ; « Autonomie de la volonté et arbitrage », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, p. 257 ; David, « Arbitrage et droit comparé », *Rev. int. dr. comp.*, 1959, p. 11 ; Le Balle, *Cours de droit civil approfondi*, 1945-46, pp. 74 et ss.

(31) Req. 15 juil. 1812. cité par Lainé, *Clunet* 1899, p. 649.

(32) Douai, 10 déc. 1901, *Clunet* 1903, p. 809 ; 30 mai 1902, *Clunet* 1902, p. 1023 ; D. P. 1905, 2, p. 129 ; Toulouse, 22 mai 1901, *Clunet* 1901, p. 965.

(33) Tr. civ. Seine, 16 nov. 1921, *Clunet* 1923, p. 78 ; 10 fév. 1922, G. P. 1922, 1, p. 517 ; 16 nov. 1922, G. P. 1923, 1, p. 16 ; 27 fév. 1936, D. H. 1936, p. 246.

auteurs (34) elle fut reprise par M. le Professeur Balladore-Pallieri (35) et par M. Klein (36), notamment dans le domaine du droit international, où la tendance récente semblerait faire une place de plus en plus importante à l'élément conventionnel de l'arbitrage (37).

La Cour de cassation, qui n'avait pas eu à se prononcer le 15 juin 1912, semble avoir adopté cette thèse en matière de sentence étrangère, dès un arrêt du 8 décembre 1914 (38) et surtout depuis l'arrêt *Roses* du 27 juillet 1937 (39), où elle déclare que « les sentences qui ont pour base un compromis font corps avec lui et participent de son caractère conventionnel » ; la formule est devenue classique.

8. — Pour les partisans de la thèse contractuelle, le compromis constitue le « centre de gravité » (40) de tous les actes qui composent l'arbitrage. La sentence « puise toute sa valeur juridique dans le compromis » (41) ; sans lui, disait Merlin, « elle ne serait qu'un vain chiffon ». Elle a donc, comme le compromis, le caractère de contrat.

L'accord des parties domine toute l'institution, et la preuve en est, dit-on (42), que l'arbitrage forcé a toujours été considéré comme devant être assimilé aux jugements (43).

Or, si le compromis est l'acte fondamental, la sentence n'est qu'une « projection » de la convention initiale, qui fixe les pouvoirs de l'arbitre tant en ce qui concerne l'objet du litige que les règles applicables. L'arbitrage se présente donc comme « une pluralité d'actes d'essence contractuelle s'interpénétrant dans un ensemble très complexe » (44).

Si la conception entièrement contractuelle de l'arbitrage trouve application à l'heure actuelle, c'est parce qu'elle présente des avantages pratiques certains, notamment au regard des sentences étrangères. Mais on lui reproche, à juste titre, ainsi que le remarque un auteur (45), de considérer la sentence comme un accessoire de l'acte préparatoire, alors qu'elle est en réalité « l'acte principal de l'institution, celui qui réalise son but, à savoir le règlement du différend. »

(34) Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, T. 12, p. 52 ; Weiss, art. préc. ; Foelix, *Traité de droit international privé*, T. II, p. 161.

(35) Balladore-Pallieri, *op. cit.*

(36) Klein, *op. cit.* et art. préc. ; « Du caractère autonome et procédural de la clause compromissoire », *Rev. arb.*, 1961, p. 48 ; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1961, p. 499.

(37) Voir Klein, art. préc., 1958, p. 255 ; art. préc., *Rev. arb.* 1961, p. 50 ; Carabiber, « L'évolution de l'arbitrage commercial international », *Académie de droit international, Recueil des Cours*, 1960, pp. 141, 152 ; Motulsky, note sous Paris, 30 mai 1963, *J. C. P.* 1963, II, 13 338.

(38) Req. 8 déc. 1914, *D.* 1916, I, p. 194 ; *Clunet* 1916, p. 1 218.

(39) Req. 27 juil. 1937, *D.* 1938, I, p. 25 ; *S.* 1938, I, p. 25 ; *G. P.* 1937, 2, p. 618 ; *J. C. P.* 1937, II, p. 449 ; *Clunet* 1938, p. 86.

(40) Klein, *op. cit.*, p. 223.

(41) Balladore-Pallieri, *op. cit.*, p. 340.

(42) Klein, *op. cit.*, p. 223 ; Balladore-Pallieri, *op. cit.*, p. 313.

(43) Req. 8 déc. 1914, préc.

(44) Klein, *op. cit.*, p. 203.

(45) Fragistas, « Arbitrage étranger et arbitrage international de droit privé », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1960, p. 1.

9. — Devant les insuffisances et les défauts des théories juridictionnelle et contractuelle, la doctrine s'est refusée à continuer d'accorder une suprématie de principe au compromis ou à la sentence, et convient généralement qu'origine contractuelle et but juridictionnel se superposent, s'interpénètrent pour donner à l'arbitrage une nature mixte ou hybride, tenant à la fois du contrat et du jugement.

Le point de départ est alors une analyse plus poussée de l'institution, analyse dictée non plus par le régime que l'on désire lui appliquer, mais en partie par la nécessité de la distinguer de certains contrats qui prévoient l'intervention d'un tiers et présentent des similitudes avec l'arbitrage. Les intérêts pratiques extrêmement importants, tels que l'éventualité de la désignation d'office de l'arbitre, ou de la nullité de la sentence (46), ont suscité de nombreuses décisions de jurisprudence et des travaux importants, fort précieux en la matière.

Depuis un arrêt de la Chambre des Requêtes du 31 mars 1862 (47) les tribunaux sont unanimes à déclarer que la qualification du contrat ne dépend pas des termes employés dans la convention, mais de la mission confiée au tiers (48). D'ailleurs, l'article 1592 du Code civil, qui laisse, en matière de vente, la faculté de recourir, pour la fixation du prix, à « l'arbitrage » d'un tiers, est précisément un cas patent d'impropriété de terme : « Si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente. »

10. — On peut distinguer facilement — en théorie du moins — l'arbitrage de la transaction, contrat destiné lui aussi à trancher un différend, mais qui prend fin du fait même de la signature de la convention. Ainsi un arrêt rendu par la Cour de Pau le 11 juillet 1871 (49) repousse la qualification d'arbitrage parce que la fixation de l'indemnité, qui en était l'objet, se présentait en réalité comme une « condition de réalisation » de la transaction originaire. En revanche, la Chambre des Requêtes, en 1862, analyse la prétendue transaction comme un véritable arbitrage, parce que « la décision n'est point l'œuvre des signataires, mais du juge qu'ils se sont donné » (50).

De même l'arbitrage peut difficilement se confondre avec l'expertise, qui n'a que la valeur d'un avis (51), tant pour le juge que pour les parties.

(46) Voir Robert, *Traité*, n° 3 et ss. ; Motulsky, « La nature juridique de l'arbitrage prévu pour la fixation des prix de vente ou de loyer », *Rec. gén. lois et jurispr.*, 1955, p. 109 ; « Arbitrage, expertise, transaction », Conférence faite sous l'égide du C. N. P. F. le 13 mars 1957.

(47) Req. 31 mars 1862, S. 1862, p. 362 ; D. P. 1862, 1, p. 242.

(48) Civ. 21 juin 1956, *Rev. arb.* 1956, p. 133 ; 9 juin 1961, G. P. 1961, 2, p. 53 ; *Rev. arb.*, 1961, p. 186 ; 25 mai 1962, *Rev. arb.*, 1962, p. 103 ; 19 nov. 1962, *Rev. arb.* 1962, p. 138 ; Com. 28 janv. 1959, *Bull. civ. III*, n° 46 ; 8 mai 1961, D. 1961, p. 454 ; Paris, 1^{er} mars 1951, D. 1951, p. 315 ; 8 mars 1958, *Rev. arb.*, 1959, p. 55 ; Orléans, 18 juin 1956, G. P. 1956, 2, p. 261 ; Tr. civ. Seine, 8 fév. 1956, G. P. 1956, 2, p. 261 ; 1^{er} juil. 1957, *Rev. arb.*, 1957, p. 98 ; Tr. gr. inst. Seine 6 mars 1959, *Rev. arb.* 1959, p. 57 ; 2 juin 1960, *Rev. arb.* 1960, p. 133.

(49) Pau, 11 juillet 1871, S. 1871, 2, p. 198 ; D. P. 1872, 2, p. 441.

(50) Req. 29 déc. 1862, S. 1863, 1, p. 81 ; D. P. 1863, 1, p. 164.

(51) Article 323 du Code de procédure civile.

Ce sont les recours de plus en plus fréquents à un tiers, pour fixer le prix en matière de loyers, qui ont donné l'occasion aussi bien à la jurisprudence (52) qu'à la doctrine (53) de préciser la notion d'arbitrage ; ces recours sont d'ailleurs envisagés par le décret du 1^{er} octobre 1960 (54), qui les nomme « compromis d'arbitrage ».

La décision du tiers, comme dans l'hypothèse prévue par l'article 1592 du Code civil, a un caractère obligatoire. Les tribunaux analysent à juste titre sa mission comme celle d'un mandataire commun (55), et lui reconnaissent un caractère contractuel. La Chambre civile, le 25 mai 1962 (56), déclare que « destinée à s'incorporer au contrat, cette décision avait bien le caractère d'un élément constitutif de l'accord des parties ».

L'arbitrage, au contraire, suppose un litige, une « contestation déjà née que les arbitres ont reçu mission de juger » (57). L'arrêt du 25 mai 1962 est encore plus précis : « même si l'on pouvait reconnaître le caractère d'un différend contentieux au désaccord des deux parties sur le prix du loyer, il faudrait établir qu'elles avaient eu la volonté de donner aux tiers qu'elles avaient dénommés arbitres un pouvoir juridictionnel. » M. le Professeur Motulsky (58) avait déjà fait remarquer que les règles de l'arbitrage ne devaient pas s'appliquer « quand bien même la clause prévoirait la nécessité d'un désaccord et d'une décision », le désaccord n'étant qu'une condition préalable à la mission du tiers, qui n'a pas à le juger.

11. — La sentence apparaît alors comme un acte juridictionnel (59). Seuls les critères formels organiques sont à écarter ; mais les règles par-

(52) Voir la presque totalité des arrêts cités n° 9, note 48.

(53) Motulsky, art. préc. ; Hébraud, « L'arbitrage en droit français », *Annales de la Faculté de droit de Toulouse*, p. 24 ; Klein, *op. cit.* 1955, n° 18 ; Désiry, « La fixation du nouveau loyer sous le voile de l'arbitrage », *Rev. des loyers*, fév. 1960, p. 76 et ss. ; « Une nouvelle floraison de surfaces corrigées », *J. C. P.* 1960, I, 1 582.

(54) Décret 1^{er} oct. 1960, *J. O.* 4 oct. 1960 ; *J. C. P.* 1960, III, 26 114.

(55) Voir par ex. : Civ. 9 juin 1961 ; 25 mai 1962 ; Tr. civ. Seine 8 fév. 1956 ; 1^{er} juil. 1957 ; Tr. gr. inst. Seine 6 mai 1959 ; 2 juin 1960, précités.

(56) Civ. 25 mai 1962, préc.

(57) Civ. 9 juin 1961, préc. ; voir également, outre les arrêts précités, Req. 12 déc. 1932, S. 1933, I, 48 ; Civ. 18 mai 1942, D. A. 1942, p. 105 ; Com. 18 juin 1958, *Rev. arb.* 1958, p. 90.

(58) Motulsky, art. préc., p. 26.

(59) Sur la notion d'acte juridictionnel et les controverses auxquelles elle a donné lieu, voir Marty et Raynaud, *Droit civil*, T. I, n° 19 ; Carbonnier, *Droit civil*, T. I, pp. 16, 22 et ss. ; Vizioz, *Etudes de procédure*, pp. 59 et ss. ; Japiot, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, n° 16 ; Morel, *Traité élémentaire de procédure civile*, n° 71 et ss. ; Cornu et Foyer, *Procédure civile*, n° 89 ; Brulliard, *Procédure civile*, p. 104 ; Solus et Perrot, *Droit judiciaire privé*, T.I, pp. 465 et ss. ; Cuhe et Vincent, *Précis*, n° 55 et ss. ; Duguit, *Leçons de droit public*, p. 1 777 ; Jèze, *Principes généraux du droit administratif* ; Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, T. I, pp. 768 et ss. ; Guillien, « L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée » thèse Bordeaux 1931 ; Waline, « Du critère des actes juridictionnels », *Rev. dr. publ.* 1933, n° 565 ; Lampué, « La notion d'acte juridictionnel », *Rev. dr. publ.*, 1946, p. 6 ; Hébraud, « L'acte juridictionnel et la classification des contentieux », *Rev. de l'Acad. lég.*, Toulouse 1947, p. 440 ; obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1948, pp. 498 et ss. ; 1960, p. 706.

ticulières donnant des garanties aux plaideurs, exigées par les critères formels procéduraux, se retrouvent même dans la clause d'amiable composition. Le critère qui semble avoir la faveur de la doctrine actuelle (60) et de la jurisprudence (61) est fondé sur le but de l'acte, et la sentence y répond exactement, même lorsque les arbitres sont, en vertu de l'article 1019 du Code de procédure civile, dispensés de juger en droit : leur mission reste la même dans son essence, la fonction juridictionnelle domine encore (62).

Certes, il faut distinguer avec M. le Professeur Guillien (63) quatre conceptions possibles de la mission du juge, la médiation, la conciliation, l'arbitrage et la juridiction ; l'arbitrage se situe, dans l'éventail ainsi ouvert, à mi-chemin entre la juridiction au sens strict — où le juge statue uniquement suivant les règles du droit positif existant —, et la conciliation — la solution peut inclure un abandon partiel des droits de chaque partie, mais elle n'est que proposée—. A l'une l'arbitrage emprunte le caractère obligatoire de la décision, à l'autre une grande souplesse dans les motifs. Il s'agit en réalité, comme on l'a souligné, d'une « juridiction de conciliation » (64).

12. — Il convient d'ailleurs de remarquer, avec M. le Professeur Hébraud (65) que « l'atmosphère privée » de l'arbitrage ménage « toutes les transitions entre la convention et la contestation » ; l'amiable composition, qui se situe aux confins de la notion de juridiction, en est un exemple. Il est également fréquent que l'arbitrage se termine par une conciliation (66), surtout lorsqu'il est confié à un Centre permanent ; la Chambre de commerce internationale a même rendu la tentative de conciliation obligatoire.

Mais il nous semble qu'il ne s'agit plus alors d'un véritable arbitrage, car la fonction juridictionnelle disparaît. Telle est la raison qui nous fait exclure de notre étude l'arbitrage en droit social, qui remplit une mission « d'ordre public et de paix sociale », ainsi que l'arbitrage en droit international public, dont l'exécution reste encore entièrement volontaire.

13. — Ainsi la sentence constitue un acte juridictionnel, et les arbitres

(60) Guillien, *op. cit.*, n° 59 ; Solus et Perrot, *op. cit.* ; Cuhe et Vincent, n° 61 ; Hébraud, art. préc. ; obs. préc. *Rev. tr. dr. civ.*, 1960, p. 7 ; Motulsky, art. préc. ; note préc. sous Paris 9 déc. 1955.

(61) Civ. 10 juin 1960, G. P. 1960, 2, p. 222, qui relève que l'arrêt litigieux « tranchait juridictionnellement une contestation ».

(62) En ce sens Motulsky, conférence préc. ; Hébraud, art. préc. ; Cornu et Foyer, p. 48.

(63) Guillien, *Cours de droit administratif approfondi*, 1958, Introduction.

(64) Solus, obs. sur Batiffol « Le contrat de vente en droit international », *Annales économiques*, 1^{re} série, 1948, p. 16.

(65) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1963, p. 781.

(66) Voir par ex. : Barbry, « L'arbitrage dans les sociétés de famille », *Rev. arb.*, 1959, p. 115.

sont par conséquent non des mandataires des parties, mais des juges (67).

Ce sont là des données que la doctrine actuelle, en majeure partie (68), considère comme acquises ; pour elle, le seul problème qui se pose consiste à tenir compte dans une juste mesure, à la fois du but juridictionnel, et de l'origine contractuelle de l'institution.

Il est hors de question d'appliquer au compromis le régime des contrats et à la sentence celui des jugements. La sentence n'est pas un jugement, le compromis n'est pas un contrat comme les autres. On s'est vite aperçu que la convention originaire ne pouvait être isolée de la sentence qu'elle est destinée à engendrer, que d'une manière artificielle, et que la sentence restait marquée par son « hérédité » contractuelle. Cependant, on considère généralement que si l'application distributive des règles contractuelles et juridictionnelles s'avère impossible, un amalgame doit être réalisé en fonction de la nature hybride de l'institution. A l'origine, la composante contractuelle dominerait, pour s'atténuer, mais sans disparaître tout à fait lors de la solution du litige.

14. — En réalité, cette attitude ne nous semble pas tout à fait exacte, car elle aboutit à des incohérences et elle ne dégage pas mieux, comme on pourrait l'espérer, la nature de l'arbitrage. Il est impossible de faire la part de ce qui revient aux deux éléments, à un stade déterminé de l'arbitrage. De cette façon, on peut parfaitement ramener toute l'institution à sa base contractuelle ou à sa finalité juridictionnelle, et nous verrons que la jurisprudence offre maintes démonstrations de cette manière de raisonner. La conséquence la plus frappante peut-être de ce point de vue apparaît lorsqu'on soutient sérieusement qu'il n'y a « aucune contradiction » à suivre une interprétation différente sur le plan interne et sur le plan international (69), comme si l'arbitrage devait changer de nature en cessant d'être national.

La question est alors de savoir si l'arbitrage ne dépasse pas ses deux

(67) Req. 12 déc. 1932, S. 1933, I, p. 128 ; Civ. 18 mai 1942, S. 1942, I, p. 94 ; D. A. 1942, p. 105 ; voir sur la question Vizioz, *op. cit.*, pp. 95 et ss., p. 587 ; Garçonnet et Cézard-Bru, T. VIII, p. 529 ; Glasson, Tissier, Morel, T. V, pp. 352, 382 ; Morel, *Traité*, n° 722 ; Robert, *Traité*, n° 187.

(68) Voir par ex. : Batiffol, *Traité élémentaire de droit international privé*, n° 722 ; Bredin, note sous Aix 25 fév. 1958, *Clunet* 1959, p. 1136 ; « La paralysie des sentences arbitrales étrangères par l'abus des voies de recours », *Clunet* 1962, p. 638 ; Boulbès, « Sentence arbitrale, autorité de la chose jugée et ordonnance d'exequatur », J.C.P. 1961, I, 1660 ; Carabiber, *Cours préc.*, p. 141 ; Cornu et Foyer, p. 48 ; Cuche et Vincent, n° 62 ; Fragistas, art. préc. ; Franceskakis, Rep. Dalloz, V° Jugement étranger, n° 145 ; Garçonnet et Cézard-Bru, T. VIII, p. 529 ; Hébraud, art. préc. ; obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1957, p. 727 ; 1958, p. 127 ; 1960, p. 523 ; 1962, p. 162 ; p. 181 ; Level, note sous Aix 16 oct. 1962, J.C.P. 1962, II, 12923 ; Mezger, « La jurisprudence française relative aux sentences arbitrales étrangères et la doctrine de l'autonomie de la volonté en matière d'arbitrage international de droit international privé », *Mélanges Maury* 1960, T. I, p. 271 ; Morel, *Traité* n° 732 ; Motulsky, art. préc. ; *Cours de droit civil approfondi*, Rabat 1960 ; note préc. sous Paris 9 déc. 1955 ; note sous Paris 30 mai 1963, J.C.P. 1963, II, 13338 ; Robert, *Traité*, n° 185 ; note sous Civ. 22 déc. 1951, D. 1960, I, p. 685 ; Sauser-Hall, « L'arbitrage en droit international privé », *Annuaire de l'institut de droit international*, 49^e année, p. 459.

(69) Klein, art. préc., 1958, p. 258 ; art. préc., *Rev. arb.*, 1961, p. 61, note 13.

composantes pour constituer une institution autonome, dont la nature ne devrait pas être définie par référence au contrat ou à la juridiction, et dont le régime juridique se justifierait à la fois par le but poursuivi et par les garanties nécessaires aux parties qui ne cherchent pas la solution de leur différend auprès de la justice officielle.

15. — L'histoire semble bien démontrer que l'arbitrage correspond à des besoins spécifiques ; malgré la défaveur qui l'entoure périodiquement, il a toujours survécu.

Son origine est très ancienne : le bouclier d'Achille décrit par Homère (70) représenterait, suivant une hypothèse récente, un tribunal arbitral statuant au criminel sur la rançon du prix du sang.

L'arbitrage était en tout cas connu dès l'ancien droit romain et a subsisté à côté de la justice officielle, la sentence étant sanctionnée par l'exécution du contrat ; il se manifeste à l'époque féodale, où il constitue un moyen efficace d'échapper aux justices seigneuriales et à la difficile recherche du tribunal compétent (71).

Au ^{xiv}^e siècle, apparaît, à côté de l'arbitre, « l'arbitrateur », ou amiable compositeur, et, à côté de l'arbitre occasionnel, le recours fréquent aux mêmes personnalités qui donne naissance à de véritables tribunaux pré-constitués.

L'ancien régime montre une prédilection certaine pour cette institution. Jousse (72) voit dans cette manière de terminer les procès « l'une des plus utiles et des plus avantageuses pour le bien public ». Une ordonnance de 1510 instaure l'appel contre les sentences arbitrales ; un édit de mars 1673 crée des greffiers d'arbitrage, compétents pour rendre les sentences exécutoires sans qu'il soit besoin de l'homologation du juge. Enfin, des ordonnances de 1560, 1673 et 1681 introduisent l'arbitrage forcé en cas de contestations familiales « pour entretenir amitié et paix entre proches parents », et en matière commerciale, pour les litiges entre associés.

16. — La Révolution consacre les solutions acquises avec un enthousiasme quelque peu excessif, né de son hostilité à l'égard des Parlements. La Constitution du 3 septembre 1791 garantit le recours à l'arbitrage, et prévoit que « les législateurs ne pourront faire aucune disposition qui tendrait à diminuer soit la faveur, soit l'efficacité du compromis » (73).

L'appel n'est plus admis en principe, sauf convention contraire expresse des parties. Les cas d'arbitrage forcé se multiplient ; les contestations familiales, les litiges portant sur des biens communaux ou sur les domaines nationaux y sont obligatoirement soumis ; le décret du 12 brumaire An II relatif aux droits des enfants nés hors mariage, et la loi des 17-21 Nivôse An II sur les donations et successions excluent tout autre mode de règlement.

(70) *Illiade*, XVIII, p. 457.

(71) Beaumanoir, *Coutumes de Beauvoisis*, Ch. XLI, éd. Baugnot.

(72) Jousse, *Traité de l'administration de la justice*, Paris 1771, T. 2, p. 683.

(73) Constitution du 3 sept. 1791, T. III, chap. V, art. 5.

La réaction contre cet engouement ne tarda guère. L'appel est rétabli par un décret du 4 brumaire An IV, l'arbitrage forcé supprimé, sauf pour les contestations entre associés commerçants, par la loi du 9 ventôse An IV. Avec le Directoire, l'arbitrage volontaire lui-même est menacé. Aboli par le Conseil des Cinq Cents le 20 floréal An IV, il n'est sauvé que par une intervention du Conseil des Anciens le 19 ventôse An VII.

La loi du 27 ventôse An VIII sur l'organisation des Tribunaux proclame bien encore « qu'il n'est point dérogé au droit qu'ont les citoyens de faire juger leurs contestations par des arbitres de leur choix », mais l'arbitrage cesse d'être considéré comme une panacée.

La loi sur l'arbitrage, promulguée le 9 mai 1806, et qui devint le titre unique du Livre III du Code de procédure civile, devait se ressentir de cette réaction.

17. — Maintenue à cause de la mystique de l'autonomie de la volonté, « à laquelle la tradition française se fait gloire de n'imposer d'autres limites que d'ordre public et les bonnes mœurs » (74), l'institution fut soumise, de la part du législateur, à des règles qui, suivant la formule presque traditionnelle, révèlent le dessin secret d'en anéantir l'usage. L'idée directrice qui semble avoir guidé les auteurs du Code est qu'en recourant à l'arbitrage, les parties se privent, sans raison dirimante, des garanties offertes par les tribunaux officiels ; on l'entoura donc d'un tel luxe de précautions qu'il devint compliqué et peu pratique. C'est ainsi qu'on entendit « concilier le respect et l'influence qu'il importe tant de conserver aux Tribunaux, avec la liberté dont il n'importe pas moins de laisser jouir les citoyens dans l'administration de leurs affaires personnelles » (75).

Le dernier vestige de l'arbitrage forcé — les contestations entre associés — disparaîtra avec la loi du 17 juillet 1856.

18. — Quant à la clause compromissoire, elle n'était visée expressément que dans un seul cas, prévu par l'article 33 du Code de commerce, l'arbitrage maritime.

Mais, jusqu'au milieu du XIX^e siècle, son emploi fut assez fréquent, et la jurisprudence ne mit aucun obstacle à sa validité. Les arrêts de l'époque (76) considèrent qu'elle s'impose en vertu de la liberté des conventions dont l'article 1003 du Code de procédure civile ne constitue qu'une application. L'article 1006 du même Code, qui sanctionne par la nullité du compromis, l'omission de l'objet du litige et du nom des arbitres ne vise que le compromis, la promesse de contrat n'ayant pas besoin, sauf disposition expresse du législateur, de formes spéciales dès lors qu'elle prépare un contrat reconnu par la loi. Les exigences de l'article 1006 doivent être respectées seulement après la naissance de la contestation,

(74) Le Balle, « Réflexions sur l'organisation juridictionnelle de la communauté professionnelle », *Rev. dr. social*, 1946, p. 103.

(75) Rapport du tribun Mallarmé.

(76) Voir par ex. : Cass. 2 sept. 1812, S. 1813, 1, p. 84 ; 3 août 1836, D. 1836, 1, p. 437 ; Amiens, 5 août 1823, D. 1836, 2, p. 61 ; Lyon, 2 mars 1840, S. 1841, 2, p. 342.

et la promesse de compromettre se situe avant cet événement. L'article 51 (abrogé depuis), et l'article 332 du Code de commerce, qui envisagent l'un la clause compromissoire obligatoire entre associés, l'autre la clause compromissoire facultative dans le contrat d'assurance maritime, ne sont eux-mêmes que des applications du principe général de la liberté de la dite clause.

19. — Un revirement jurisprudentiel soudain — du moins en apparence (77) — se produisit le 10 juillet 1843 (78) ; la Cour de cassation, en dépit des conclusions contraires de son Avocat général, proclama la nullité de la clause compromissoire en des attendus restés célèbres. Elle déclara notamment : « on ne trouve pas chez les arbitres les qualités qu'on est assuré de trouver chez les magistrats : la probité, l'impartialité, la compétence, la délicatesse de sentiments nécessaires pour rendre des jugements. »

C'était là, sans nul doute, la raison majeure de sa décision. Mais la Cour l'étaya par des motifs de pur droit : l'article 1006 du Code de procédure civile serait applicable à la clause compromissoire ; l'article 1134 du Code civil subordonne en effet la validité des conventions à la légalité de leur formation, et l'article 1003 du Code de procédure civile ne reconnaît le pouvoir de compromettre que dans les conditions prévues par l'article 1006.

Il serait donc inopérant d'invoquer l'article 332 du Code de commerce, qui reste un texte exceptionnel, postérieur au Code de procédure civile, et qui s'applique à un objet particulier et spécial, les assurances maritimes ; l'arbitrage constitue une dérogation à la compétence judiciaire qui forme le droit commun et touche à l'ordre public.

Les décisions antérieures relevaient qu'on ne saurait exiger dans une clause compromissoire l'indication de l'objet du litige, encore inconnu, ni celle des arbitres, sans s'exposer à désigner des arbitres impropres à la connaissance des difficultés à juger. La Cour suprême affirme au contraire que « l'obligation de nommer les arbitres a pour but principal de mettre les citoyens en garde contre leur propre irréflexion qui les porterait à souscrire avec trop de légèreté et d'imprévoyance à des arbitrages futurs, sans être certains d'avoir pour juges volontaires des personnes capables et dignes. »

20. — Quelle que soit la valeur des arguments avancés par la Cour de cassation, force fut aux juridictions inférieures de s'incliner. Cependant, les tribunaux se montrèrent indulgents quant aux exigences de l'article 1006. La jurisprudence considéra qu'il y avait précision suffisante de l'objet dans les conventions limitées d'arbitrage (79) ; elle admit de

(77) Voir Le Balle, *Cours préc.* L'auteur fait remarquer que jusqu'à 1835, le problème ne s'est pas posé, et que depuis cette date, les arrêts atteignent une grande fréquence, ce qui prouve bien que la croyance à la validité de la clause était sérieusement ébranlée.

(78) Civ. 10 juil. 1843, S. 1843, 1, p. 561, Concl. Hello.

(79) Req. 2 mai 1853, D. 1853, 1, p. 149 ; 12 fév. 1906, S. 1906, 1, p. 492 ; Civ. 2 août 1842, D. 1842, 1, p. 369 ; Lyon, 3 juil. 1850, D. 1851, 1, p. 134.

même que les arbitres pouvaient être indiqués d'une manière générale, à condition d'être susceptibles d'identification au jour du litige (80).

Malgré l'arrêt du 10 juillet 1843, qui affirmait le caractère d'ordre public de la compétence des tribunaux de droit commun, la Cour suprême, dès le 3 janvier 1844 (81), admit que « le moyen de nullité fondé sur l'article 1006 du Code de procédure civile n'a rien en lui-même qui puisse le faire considérer comme d'ordre public ».

La nullité de la clause compromissoire constituait par ailleurs une gêne considérable au regard des nécessités internationales ; les nations commerçantes, comme l'Angleterre et la Belgique, avaient mis sur pied des institutions permanentes d'arbitrage et les particuliers s'y référaient fréquemment dans leurs contrats. Il fallait que les commerçants français puissent se lier valablement par une clause compromissoire (82) pour participer au commerce international. Très tôt la jurisprudence admit donc que la nullité de la clause n'était pas non plus d'ordre public international (83).

21. — Mais ce n'étaient là que des palliatifs, et ils ne satisfaisaient personne. Les commerçants réclamaient, sur le plan interne, la validité des clauses admises si largement dans les pays voisins, arguant, à juste titre, que la position de la jurisprudence, variable par essence, ne leur donnait pas la sécurité que procure la loi.

De nombreux projets furent déposés, sans aboutir, dont, en 1904, celui de Flandrin qui tendait à la reconnaissance de la validité de la clause en droit privé. La proposition de Louis-Dreyfus du 7 mai 1907 (84) fut votée par la Chambre en juillet 1908.

Dès la fin de la guerre, le mouvement reprit. Deux propositions virent le jour en 1921 : l'une de Flandrin, identique au projet émis en 1904, et l'autre du Gouvernement, admettant la clause compromissoire en matière commerciale, avec interdiction de renoncer à l'appel et de donner aux arbitres le pouvoir d'amiabiles compositeurs (85). En 1923, Fould, puis Clémentel demandèrent l'admission de la clause en droit privé.

Plusieurs conditions favorables se trouvaient alors réunies. En 1922, la Chambre de commerce créait à Paris une Cour d'arbitrage pour le commerce international et menait campagne en faveur de la clause compromissoire (86). De plus, le 24 septembre 1923, était intervenu le

(80) Req. 3 mai 1881, S. 1883, 1, p. 413 (désignation de la Compagnie des agents de change) ; 21 juin 1904, D. 1906, 1, p. 395 (Commissaires des courses) ; Civ. 6 janv. 1846, S. 1846, 1, p. 619 (Chambre des notaires).

(81) Req. 3 janv. 1844, S. 1844, 1, p. 337 ; 20 avril 1931, S. 1931, 1, p. 245.

(82) Voir Hamel, « La clause compromissoire dans les rapports de commerce international », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1923, pp. 721 et ss.

(83) Civ. 8 janv. 1913, D. P. 1920, 1, p. 53 ; Req. 8 déc. 1914, D. P. 1916, 1, p. 84.

(84) Proposition Louis-Dreyfus, *Documents parlementaires*, Chambre, 1907, Annexe n° 926.

(85) Projet inspiré de celui de la Société d'études législatives, présidée alors par Ambroise Colin ; *Bulletin de la société*, 1921, pp. 315 et ss.

(86) Voir Lavergne, *Bulletin de la Société de législation comparée*, février, avril et juin 1923.

Protocole de Genève, « relatif aux clauses d'arbitrages », par lequel les Etats reconnaissaient la validité du compromis et de la clause compromissoire. Deux rapports furent alors présentés les 16 juin et 9 juillet 1925 au nom de la Commission de législation civile et criminelle (87). Le Parlement ne pouvait plus retarder le vote de la loi ; le projet Louis-Dreyfus, adopté naguère par la Chambre en 1908, fut voté par le Sénat et devint la loi du 31 décembre 1925 (88). Celle-ci se présente sous la forme d'un article unique, incorporé à l'article 631 du Code de Commerce : « toutefois, les parties pourront, au moment où elles contractent, convenir de soumettre à des arbitres les contestations ci-dessus énumérées, lorsqu'elles viendront à se produire. »

« Dans sa sympathie pour l'arbitrage organisé d'avance », a-t-on écrit, « la loi nouvelle soumet cet arbitrage aux mêmes règles générales que le compromis » (89). En réalité, le texte se ressent de la hâte avec laquelle il a été voté. La Commission de législation du Sénat avait prévu le cas de refus de désignation de l'arbitre par une des parties. Mais pour éviter des navettes retardatrices, on avait retiré cette disposition du vote de la loi. De nombreux problèmes, propres à la clause compromissoire, n'allaient pas tarder à surgir. Il appartiendrait à la jurisprudence de les résoudre.

Celle-ci aura, pour s'exercer, un large champ d'action, car la clause compromissoire forme sans aucun doute la source principale de l'arbitrage. Aussi, dès le lendemain du vote de la loi, commence ce qu'on a pu appeler la « renaissance » de l'arbitrage. Des Centres permanents s'organisent, devant lesquels les recours se multiplient. La croissance économique et l'intensification des échanges internationaux ont donné lieu à des accords tels que le Marché commun. Le droit qui régit la société actuelle est avant tout un droit « des affaires ». Nous aurons l'occasion d'avancer des chiffres dont il ressort que l'arbitrage cesse d'être un mode mineur de règlement des conflits, pour s'affirmer de plus en plus comme un mode *particulier* de règlement de *certains* conflits.

22. — Si l'arbitrage s'est toujours maintenu et connaît aujourd'hui un développement aussi important, c'est qu'il vise à atteindre des buts spécifiques qui expliquent sa vitalité. On a remarqué (90) qu'il avait été admis par le législateur sous la pression des faits. Il importe de le souligner, car on le considère trop souvent comme un concurrent de la justice d'Etat, avec lequel il ferait double emploi. César-Bru, reprenant la pensée d'Olivier Bourbeau, écrivait « qu'élever trop haut ses bienfaits serait préférer l'ombre de la justice à l'éclat dont elle brille sur le siège des magistrats (91) ».

L'idée que l'arbitrage n'est qu'un substitut, un succédané, un

(87) Rapports Catalogne, *Documents parlementaires*, Sénat, Annexes, n°s 302 et 441.

(88) Loi du 31 décembre 1925, J. O. 5 janv. 1926, p. 199.

(89) Hamel, « La clause compromissoire dans les contrats commerciaux », D. H. 1926, p. 13.

(90) Klein, *op. cit.*, p. 10 ; Le Balle, *Cours préc.*, p. 71.

(91) Garçonnet et César-Bru, T. VIII, par César-Bru, p. 451.

« ersatz » (92) de la justice d'Etat, est extrêmement répandue. La raison réside sans doute dans le fait qu'« à nos yeux de juristes français du ^{xx} siècle, le droit est le mode par excellence des rapports sociaux » (93). Aussi, ne voit-on souvent aucune différence de nature entre la justice administrée par les arbitres et celle que dispensent les Tribunaux officiels (94), si bien que l'arbitrage est souvent enveloppé de la même hostilité que les juridictions d'exception (95).

Cependant, il est surtout jugé avec sévérité en tant que « solution de rechange », parce que l'on croit à tort que son utilisation est destinée à éviter les défauts que présente la justice officielle. « L'arbitrage, c'est la compétence des juges, c'est l'économie des frais, c'est la rapidité et le caractère confidentiel des sentences », disait Catalogne (96), et l'on a coutume d'opposer la gratuité, la rapidité et la discrétion du règlement des litiges par la voie arbitrale, aux frais, à la lenteur et à la publicité qu'implique le recours aux tribunaux.

Il y a sans doute de nombreux reproches à faire à notre organisation judiciaire, et ils ont été faits (97). Mais on a justement montré (98) que la lenteur, les frais et la publicité sont, à un certain degré au moins, la rançon des qualités que l'on requiert de la justice officielle.

23. — On ne peut, sous prétexte de célérité, sacrifier toutes les formes de la procédure, qui sont autant de garanties pour les plaideurs ; mais il est vrai que certains litiges, surtout ceux du commerce, demandent une solution particulièrement prompte, à cause de l'immobilisation des capitaux et de la détérioration des marchandises qu'ils entraînent.

Les frais d'un procès se justifient sans doute en partie par la rémunération nécessaire des auxiliaires de justice — sans tenir compte des exigences fiscales —. Au demeurant, l'arbitrage n'est pas nécessairement gratuit — les honoraires des arbitres occasionnels sont souvent très élevés —, mais les institutions permanentes ont établi des barèmes qui permettent aux parties de connaître à l'avance l'ordre de grandeur des dépenses qu'elles auront à assumer.

(92) Fragistas, *art. préc.*, p. 1.

(93) David, *art. préc.*, p. 50.

(94) Dans le même sens Klein, *op. cit.*, p. 185 ; *art. préc.*, 1958, p. 257.

(95) Sur ces dernières, voir Ripert, « Ebauche d'un droit civil professionnel », *Etudes Capitaines*, p. 676 ; « Le régime démocratique et le droit civil moderne », n° 202 et ss. ; Jossaerand, « Sur la reconstitution d'un droit de classe », *D. H.* 1937, *Chr.* p. 1 ; Nerson, « Le développement des juridictions civiles d'exception et ses dangers », *D.* 1947, *Chr.* p. 121 ; Solus, « Le statut hérétique des tribunaux paritaires des baux ruraux », *D.* 1950, *Chr.*, p. 153 ; Sauvageot, « L'éternel printemps des juridictions d'exception », *Pouvoir judiciaire*, août-septembre 1952.

(96) Catalogne, Rapport précité, *Documents parlementaires*, Sénat, 1925, annexe n° 302.

(97) Voir par ex. : J. Duhamel, « La justice discutée », éd. Sirey 1955 ; R. Charles, « La justice en France », *P. U. F.* 1953 ; J. Martin de la Moutte, « La réforme des juridictions civiles », *Mélanges Maury*, T. I, p. 243 ; P. Julian, « L'indispensable accélération de la Justice civile », éd. Sirey 1958 ; Mimin, « La Justice et l'opinion », *Rev. pol. et parlemen.* 1957, p. 127 ; Hébraud, « Justice 1959 », *D.* 1959, *Chr.*, pp. 77 et 152.

(98) Solus, « Les réformes de procédure civile », *Etudes Ripert*, T. I, pp. 193 et ss.

La publicité, qui est incontestablement l'âme d'une bonne justice, se révèle si néfaste à une entreprise commerciale que l'on préfère assurer l'impartialité du juge par le choix commun des parties ou par les sanctions efficaces, bien qu'indirectes, du milieu auquel il appartient.

24. — L'arbitrage permet sans doute d'échapper à certains inconvénients de la justice officielle. Ce n'est pas là cependant qu'il faut chercher sa raison d'être. La finalité de l'arbitrage réside, suivant l'observation d'un auteur (99), dans le fait que « les parties veulent, en y recourant, obtenir une justice autre que celle qui résulte du droit national ».

Le phénomène est évident, nous aurons à le montrer, sur le plan international, où il n'y a ni droit, ni juridiction vraiment adaptés aux besoins du commerce. Mais il existe également sur le plan interne, où le droit en vigueur n'est pas fait pour régler des conflits souvent peu juridiques, et où il est légitime que les parties s'adressent à un membre de leur profession pour résoudre des problèmes requérant une compétence technique telle que les magistrats ne pourraient qu'avoir recours à un expert.

En outre, lorsqu'il s'agit de problèmes juridiques, les parties estiment quelquefois plus important d'avoir une décision qui ménage leurs relations futures plutôt qu'une solution irréprochable en droit, mais qui donne naissance à des conflits sans fin et provoque la rupture des rapports d'affaires.

L'arbitrage, fondé sur un accord de volonté qui peut le modeler en vue du litige à résoudre, présente la souplesse nécessaire pour donner satisfaction à de tels besoins ; mais il convient de souligner encore que les parties recherchent moins une juridiction spéciale que l'application de règles particulières.

25. — C'est pourquoi nous croyons qu'on peut légitimement considérer l'arbitrage comme une institution autonome ; on a même dit (100) que, n'étant pas dans son essence un phénomène juridique « l'irréductibilité au droit » constituait sa nature véritable.

Sans aller jusque là, il nous paraît certain que les notions de contrat ou de jugement subissent une altération telle, lorsqu'on tente — surtout simultanément — de les retrouver dans le déroulement de la procédure arbitrale, qu'elles perdent toute signification, sans qu'apparaisse pour autant la physionomie particulière de l'arbitrage.

Comme il s'agit d'une juridiction d'origine conventionnelle, on pourrait en déduire que la notion de contrat domine au stade du compromis pour s'effacer progressivement devant celle de jugement ou du moins d'acte juridictionnel : en fait, nous essayerons de le montrer, c'est là une vue un peu trop sommaire. Mais l'arbitrage est indiscutablement marqué davantage, au cours de son déroulement, par l'un ou l'autre de ces éléments. La question est de savoir s'il est possible de faire la part

(99) David, *art. préc.*, p. 13 ; voir également Le Balle, *Cours préc.*, p. 187 ; Carabiber, *op. cit.*, 1960, p. 4 ; Motulsky, note sous Civ. 7 mai 1963, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1963, p. 622 ; « L'internationalisation du droit français de l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1963, p. 110 et réf.

(100) David, *art. préc.*, p. 14.

de chacun, ou si l'analyse démontre que les résultats sont trop artificiels pour être acceptés.

Une telle recherche nous obligera à examiner de très nombreux problèmes. Nous n'avons pas eu cependant la prétention de faire de l'arbitrage une étude complète, qui d'ailleurs existe déjà. Le but que nous poursuivons nous a amené à retenir certaines questions qui peuvent paraître secondaires, et à en rejeter d'autres, importantes sans doute, mais sans grand intérêt pour une étude de la nature de l'institution.

La part du contrat est certainement la plus facile à déceler ; les difficultés commencent lorsqu'il s'agit d'en marquer les limites. L'influence juridictionnelle a été trop récemment remise en question pour ne pas mériter une étude particulière. Il est cependant parfois impossible d'isoler les deux aspects de l'institution : c'est pourquoi il nous a paru opportun de conduire notre travail en isolant les aspects marqués, soit par l'influence contractuelle, soit par l'influence juridictionnelle, pour ensuite étudier ceux où elles viennent en concurrence.

Cette méthode seule, nous semble-t-il, permet d'établir dans quelle mesure la notion de contrat et la notion de juridiction interviennent pour donner à l'arbitrage sa physionomie propre.

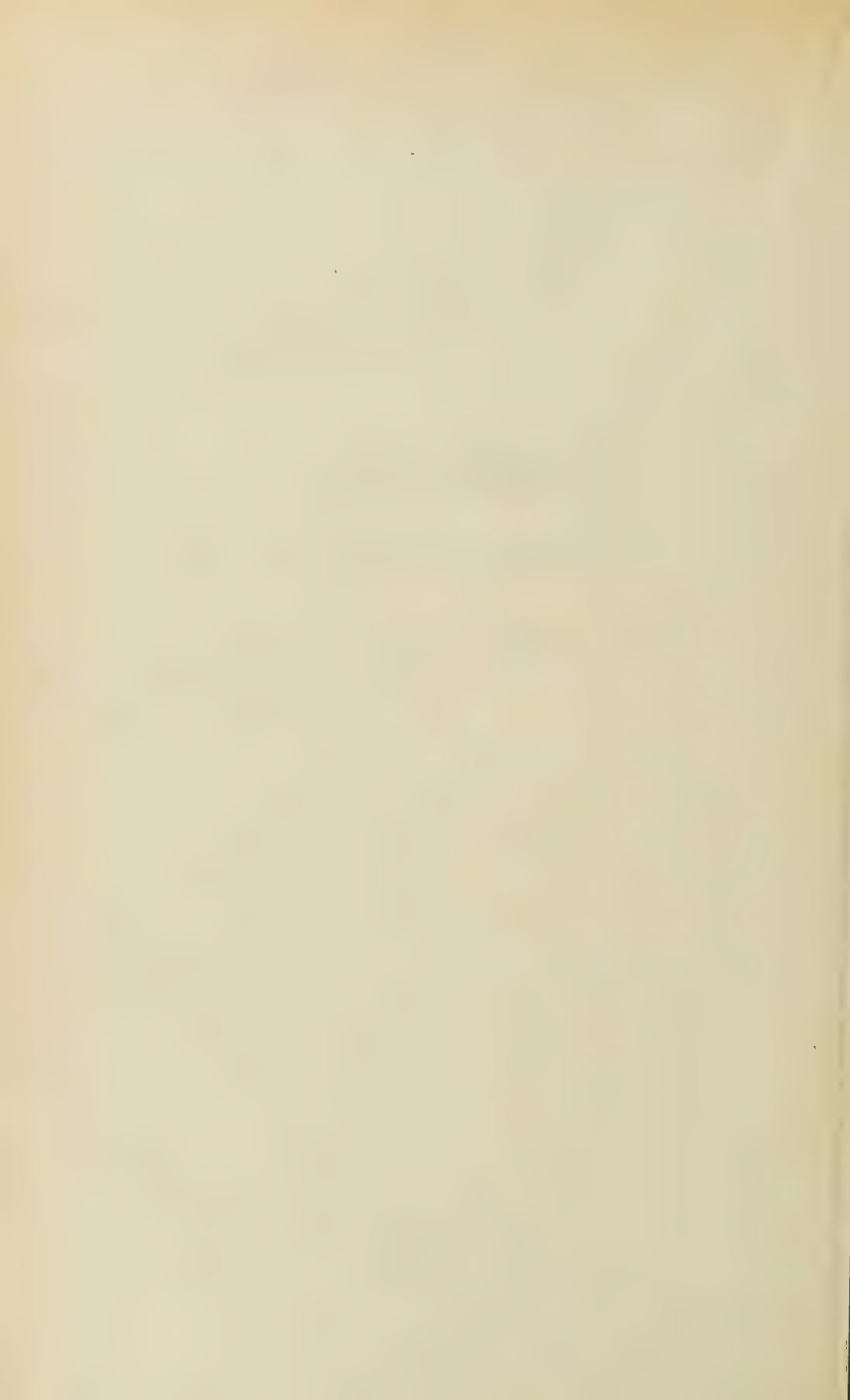
Notre étude se divisera donc en trois parties :

- L'Influence contractuelle,
- L'Influence juridictionnelle,
- La Rencontre des deux influences.



PREMIERE PARTIE

L'INFLUENCE CONTRACTUELLE



26. — L'arbitrage se ressent tout au long de son déroulement de son origine contractuelle, mais celle-ci exerce une influence particulière dans deux domaines bien différents.

Du fait que les arbitres sont des juges occasionnels, qui tiennent leurs pouvoirs de la seule volonté des parties, on redouble de précautions lorsque les problèmes qui leur sont soumis risquent de mettre en jeu des questions d'ordre public.

C'est pourquoi, au stade du contrat originaire, des conditions spéciales entourent l'objet du litige. Mais c'est déjà reconnaître qu'il ne s'agit pas d'un contrat comme les autres, car c'est moins la convention initiale qui est en cause que les conséquences qu'elle entraîne sur le plan de la décision finale. Les rédacteurs du Code de procédure civile, dans leur méfiance à l'égard de notre institution, avaient interdit de compromettre sur toutes les causes concernant l'ordre public. La question ainsi résolue serait relativement simple. Cependant, la jurisprudence, soucieuse de ne pas restreindre aussi démesurément le champ d'application de l'arbitrage, s'est attachée à déterminer les cas où l'intervention de l'ordre public demeure sans effet sur sa validité. Il est devenu difficile, voire même impossible d'isoler le compromis de son but, c'est-à-dire de la sentence. Nous essayerons de le montrer.

27. — L'influence contractuelle se retrouve, beaucoup plus forte, en matière de droit international privé. Pour faciliter l'exécution des sentences étrangères, la jurisprudence, traditionnellement, rattache celles-ci à la convention originaire et les assimile à des contrats. L'application des règles propres à ces derniers se révèle dans la pratique, si utile pour déterminer le droit applicable, que la plupart des auteurs admettent les solutions acquises.

Il semble pourtant que la conception contractuelle ne résiste guère à l'examen, même en droit international, où nous verrons qu'elle apporte plus d'obscurité et de contradictions que de simplification. C'est sur le plan international, croyons-nous, que la nature autonome de l'arbitrage s'affirme avec le plus de force, et il nous semble que son évolution le prouve. Il ne s'ensuit certes pas qu'il faille adopter une position différente en droit interne et en droit international privé ; nous pensons, bien au contraire, que les conclusions auxquelles conduit l'examen de l'arbitrage international sont valables également pour l'arbitrage de droit interne.

L'intervention de l'ordre public et le régime de la sentence étrangère

constituent sans doute le domaine d'élection de l'influence contractuelle. Celle-ci, en outre, s'exerce de façon très différente dans l'un et l'autre cas. Pour faire la part exacte de ce qui lui revient dans la nature de l'arbitrage, il nous a paru opportun de consacrer un développement à chacun de ces problèmes :

Titre I — L'arbitrage et l'ordre public.

Titre II — La sentence étrangère et le droit applicable.

TITRE I

L'ARBITRAGE ET L'ORDRE PUBLIC

28. --- L'ordre public est théoriquement susceptible d'intervenir à deux niveaux différents dans le cadre de l'arbitrage.

D'une part, la sentence rendue doit l'être en conformité avec les règles d'ordre public ; la jurisprudence y veille rigoureusement. En droit interne, l'appel est toujours ouvert, même en cas de renonciation expresse ou résultant de la clause d'amiable composition, s'il y a eu atteinte « à l'ordre public ou aux droits de la défense » ; en droit international, où l'appel est exclu, c'est au stade de l'exequatur que se situe le contrôle du respect de l'ordre public international (1).

D'autre part, le compromis, ou la clause compromissoire, peuvent être également contraires à l'ordre public ; c'est seulement ce problème des rapports entre l'ordre public et le contrat initial que nous envisageons ici.

Il faut dès l'abord constater que la distinction entre les vices affectant la sentence — qui sont « le fait des arbitres dans l'exercice de leur pouvoir juridictionnel » — et les vices affectant le compromis lui-même — qui sont « le fait des parties — (2) n'est radicale que sur le plan théorique ; les liens qui unissent les différents stades de l'arbitrage, la rendent en pratique bien difficile à effectuer, voire illusoire ; il est tout aussi délicat, bien que nécessaire pour une analyse correcte, d'isoler le compromis ou la clause compromissoire du contrat initial.

29. — Le compromis doit, en tant que contrat, obéir à l'article 6 du Code civil et avoir un objet licite ; de plus, l'article 1004 du Code de procédure civile ne permet pas l'arbitrage sur les dons et legs d'aliments, logement et vêtements, les séparations d'entre mari et femme, divorces, questions d'état, et sur aucune des contestations qui seraient sujettes à communication au Ministère Public.

On a dit de ce texte qu'il était l' « un des grands écueils de l'arbitrage

(1) Voir *infra*, n°s 430 et ss. ; n°s 474 et ss.

(2) Paris, 12 fév. 1963, J. C. P. 1963, II, 13 281, note Level.

en France » (3). L'article 83 du même Code prévoit que sont communicables toutes les causes concernant l'ordre public ; l'application stricte de ces prescriptions ferait de la licéité du compromis l'exception, et de son interdiction la règle. En effet, la notion d'ordre public de l'article 83 est, suivant la formule de M. le Doyen Vincent, « très compréhensive, très souple » (4), à la différence de celle de l'article 46 de la loi du 20 avril 1810, concernant l'intervention du ministère public en tant que partie principale : la jurisprudence exige alors que l'ordre public soit intéressé au premier chef (5).

30. — L'ordre public a vu son domaine considérablement accru par la politique interventionniste de l'Etat. A côté de la conception traditionnelle, concernant principalement l'organisation de l'Etat, le droit des personnes et de la famille, une conception nouvelle est apparue : elle découle de la prolifération des lois impératives, concernant soit la protection de catégories d'individus considérés comme plus faibles que leurs cocontractants — en matière de travail, de fermage ou d'assurances par exemple — soit la direction de l'économie nationale, ainsi la législation concernant les prix ou la monnaie. Il y a là une restriction considérable à l'exercice de la liberté contractuelle, maintes fois soulignée (6), et qui accroîtrait considérablement le nombre des cas soustraits à l'arbitrage par la prohibition de l'article 1004 du Code de procédure civile, si la jurisprudence n'avait procédé à des discriminations.

31. — Les difficultés sont d'autant plus grandes, que l'ordre public est essentiellement variable, surtout lorsqu'il s'agit de ce que M. le Doyen Carbonnier appelle « l'ordre public de direction » (7), lié aux aléas des objectifs de l'économie dirigée. La variabilité de cette notion, qui frappe tous ceux qui s'attachent à son étude (8) fait que « l'on s'essouffle à la suivre dans sa diversité, dans l'apparente fantaisie de son évolution » suivant les termes de M. Vincent (9).

(3) Mezger, note sous Orléans, 15 mai 1961, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1961, p. 779.

(4) Vincent, « La procédure civile et l'ordre public », *Mélanges Roubier*, 1960, T. II, pp. 302-333.

(5) Voir par ex. : Civ. 29 mars 1955, *Bull. civ.* p. 123, n° 145 ; 18 mars 1958, *Bull. civ.* 1958, p. 120, n° 255 ; 10 avril 1959, *Bull. civ.*, 1959, p. 149, n° 179.

(6) Carbonnier, T. II, n° 115 ; Mazeaud, T. II, n°s 117-245 ; Marty et Raynaud, T. II, n°s 70 et ss. ; Ripert et Boulanger, T. II, n°s 100-106 ; Malaurie, « Les contrats contraires à l'ordre public », Reims, 1951 ; Farjat, « L'Ordre public économique », thèse Paris, 1963, pp. 29 et ss. ; Ripert, « L'Ordre économique et la liberté contractuelle », *Etudes Gény* 1934, T. II, p. 347 ; « Aspects juridiques du capitalisme moderne », Chap. V ; « Le régime démocratique et le droit civil moderne », Chap. V ; « Le déclin du droit », Chap. II ; Julliot de la Morandière, « L'Ordre public en droit privé interne », *Etudes Capitant*, pp. 381 et ss.

(7) Carbonnier, *ibidem*.

(8) Voir outre les ouvrages cités *supra* n° 30, note 6, Robert, *Traité*, n° 24 ; notes sous Paris 22 janv. 1954, D. S. 1955, p. 335 ; sous Com. 29 nov. 1950, S. 1951, p. 120 ; sous Douai, 12 juil. 1951, S. 1952, II, p. 133 ; Farjat, thèse préc., n°s 125 et ss., 546 et ss. ; Pilon, « Variabilité de l'ordre public », *Rev. tr. dr. civ.* 1903, p. 668 ; Louis-Lucas, « Remarques sur l'ordre public », *Rev. dr. int. pr.*, 1933, p. 393.

(9) Vincent, *art. préc.*

Aussi la notion d'ordre public ne peut-elle se définir (10) ; elle risque d'être une arme redoutable, car, ainsi que le dit un auteur, « elle permet, en définitive, aux Tribunaux de brider la volonté des parties chaque fois que cela leur paraît nécessaire » (11).

32. — En droit international privé, le danger apparaît encore plus grand, car le juge bénéficie d'une latitude accrue. En effet, la loi est dite d'ordre public, en droit interne, quand les particuliers ne peuvent déroger par contrat à ses dispositions, en droit international privé, quand elle s'oppose à l'application en France d'une loi étrangère contraire aux conceptions considérées comme fondamentales dans notre pays (12). « L'ordre public est perturbateur, il met un obstacle au déroulement des conflits » (13), puisqu'il intervient au titre « d'éviction de la loi normalement compétente », suivant la formule de M. le Doyen Maury (14). L'ordre public international est également un barrage à la loi étrangère contraire à la politique législative du moment (15). Dans cette deuxième fonction d'ailleurs, son caractère de variabilité s'accroît.

De plus, en droit interne, le juge se borne à annuler la convention qui enfreint une loi impérative ; certes, lorsque le législateur n'est pas explicite sur ce point, il devra déterminer le caractère revêtu par le texte (16), mais il le fait une fois pour toutes. En droit international privé, au contraire, il étudie dans chaque cas la compatibilité de la loi étrangère désignée par sa propre règle de conflit de loi, avec l'ordre public, et en fait examine si le résultat est suffisamment proche de celui qui serait obtenu par l'application de la loi du for. On a justement souligné que « le résultat indirect de cette opération est de permettre au juge de porter un jugement de valeur sur ses propres lois internes, en conférant à ses « préférées » une force impérative internationale qu'il refusera à d'autres » (17).

33. — L'ordre public est en quelque sorte à la « discrétion » du juge, d'autant que, lorsque celui-ci l'invoque, il le fait sans fournir de

(10) Voir notamment Farjat, *thèse préc.*, n° 17 ; Malaurie, *thèse préc.*, p. 68 et p. 261.

(11) Mazeaud, *Leçons de droit civil*, T. I, n° 265.

(12) Voir Batiffol, *Traité*, n° 366.

(13) Batiffol, préface, « Recherches sur l'ordre public en droit international privé, Lagarde, *thèse*, Paris 1959.

(14) Maury, « L'éviction de la loi normalement compétente ; l'ordre public international et la fraude à la loi », Valladolid, 1952 ; « L'ordre public en Droit international privé français et en Droit international privé allemand ; convergences et divergences », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1954, p. 7.

(15) Voir sur ce point Batiffol, n°s 356 et ss. ; Lerebours-Pigeonnière, n° 270 ; Sur la notion d'ordre public international, adde *Juriscl. dr. intern.*, Fasc. 534 A et 534 B, « Ordre public », par Drouillard et Leboulanger ; Lagarde, *thèse préc.* ; Malaurie, *thèse préc.*, n°s 90 à 114 ; Philonenko, « La notion de l'ordre public international » *Clunet* 1952, p. 780 ; Louis Lucas, *art. préc.*

(16) Voir notamment Farjat, *thèse préc.*, p. 131.

(17) Lagarde, *thèse préc.*, p. 115.

motivation sur ce point, ce qui peut devenir facilement une source d'arbitraire (18). On a observé que « la tentation est grande pour le juge de revenir à l'application de son droit interne qu'il connaît mieux que les législations étrangères » (19). Les auteurs pensent d'ailleurs généralement que le juge succombe trop souvent à la tentation et que l'application de l'ordre public international est souvent un sérieux handicap à l'harmonie des relations internationales. M. le Doyen Louis-Lucas écrit : « l'appel à l'ordre public suppose... la conviction justifiée qu'une valeur essentielle, morale, sociale, économique est en cause, ce qui est très loin d'être le cas habituel » (20).

34. — En fait, ces reproches ne sont pas toujours mérités, et la jurisprudence respecte assez efficacement la dualité de la notion d'ordre public, surtout en ce qui concerne les règles impératives économiques. Un auteur lui rend cet hommage mérité en reconnaissant « qu'elle a jugé opportun de réagir contre les lois monétaires internes qui méconnaîtraient les nécessités de la vie internationale (21) ».

Depuis 1920, la jurisprudence a toujours refusé de considérer la loi du 5 août 1914 sur l'annulation des clauses-or comme visant les règlements internationaux (22) ; c'est au contraire leur interdiction sur le plan international qui a été jugée contraire à l'ordre public (23).

Le problème de l'application de l'ordre public international se pose avec une intensité accrue lorsqu'il s'agit d'arbitrage. C'est en matière de relations internationales, que ce dernier a connu son développement le plus important, car il correspond alors à une véritable nécessité (24) ; or il est bien évident que l'intervention trop fréquente et injustifiée de l'ordre public international paralyserait l'arbitrage, et avec lui les relations internationales. Nous verrons que la jurisprudence s'est montrée dans l'ensemble assez soucieuse de respecter sur ce point la validité du compromis ou de la clause compromissoire.

Les règles dégagées à propos de la sentence française s'appliquent

(18) Dans ce sens, Carabiber, « L'arbitrage international et la réserve de l'ordre public », *Rev. arb.*, 1956, p. 118.

(19) Loussouarn, in « Les systèmes de droit contemporain », T. II, 1960, p. 455.

(20) Louis-Lucas, « Jurisprudence française et jurisprudence belge touchant le divorce des époux de nationalité différente », *Clunet*, 1957, pp. 262, 270 ; dans le même sens, Lagarde, *thèse préc.* ; Carabiber, *art. préc.*, p. 118.

(21) Lerebours-Pigeonnière, « A propos du contrat international », *Clunet*, 1951, p. 4 ; Voir également Farjat, *thèse préc.*, pp. 309 et ss.

(22) Req. 7 juin 1920, S. 1920, 1, p. 193, note Lyon-Caen ; Civ. 23 janv. 1924, S. 1925, 1, p. 257, note Mestre ; 17 mai 1927, S. 1927, 1, p. 289, note Esmein ; 9 juil. 1930, S. 1931, 1, p. 124 ; 17 juil. 1931, S. 1931, 1, p. 336 ; 8 juil. 1931, S. 1931, 1, p. 387 ; 14 fév. 1934, S. 1934, 1, p. 297, note Mestre ; Req. 27 oct. 1943, S. 1944, 1, p. 46 ; 17 nov. 1943, S. 1946, 1, p. 17, note Niboyet.

(23) Civ. 21 juin 1950, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1950, p. 609, note Batiffol ; J. C. P. 1950, II, 5 812, note J. Ph. Lévy ; S. 1950, 1, p. 1, note Niboyet ; D. 1951, 1, p. 749, note Hamel.

(24) Voir *infra*, n° 168 et ss.

aux sentences internationales sous la réserve que l'ordre public international coïncide avec l'ordre public interne. Ceci nous amène à diviser notre étude de la façon suivante :

Chapitre I — L'influence de l'ordre public sur le compromis en droit interne.

Chapitre II — La notion d'ordre public international et l'arbitrage.



CHAPITRE I

L'INFLUENCE DE L'ORDRE PUBLIC SUR LE COMPROMIS EN DROIT INTERNE

35. — L'exclusion de l'arbitrage, dès lors que la matière sur lequel il porte est réglée par une loi d'ordre public, semble être à la base de plusieurs arrêts anciens, mais dans la plupart des cas cependant, il s'agit de décisions rendues dans des espèces que la jurisprudence actuelle considérerait comme frappées d'exclusion « absolue » du domaine de l'arbitrage, si l'on peut dire, en raison de leur objet (1).

Aujourd'hui, en partie à cause de l'extension du domaine de l'ordre public, les tribunaux se sont attachés à donner une interprétation plus étroite de l'article 1004 du Code de procédure civile, en opérant une distinction entre les affaires touchant à l'ordre public, par leur nature même, et qui sont de ce fait soustraites à l'arbitrage, et celles où l'on exige seulement le respect de l'ordre public. Il va sans dire que dans ce dernier cas, la détermination du critère, selon lequel l'intervention de l'ordre public reste sans effet sur le compromis, ou au contraire doit en faire prononcer la nullité, est une tâche extrêmement délicate.

Nous nous attacherons en premier lieu à l'analyse de l'évolution jurisprudentielle (section 1) ; nous examinerons ensuite les solutions extrêmes (section 2), pour nous en tenir à l'une des solutions intermédiaires proposées par la jurisprudence (section 3) ; il conviendra enfin de déterminer les matières où une application nuancée de la prohibition édictée par l'article 1004 du Code de procédure civile est possible, et de rechercher les cas où le litige échappe, par sa nature, à une telle interprétation, en

(1) Civ. 9 janv. 1854, D. P. 1854, 1, p. 69 ; Req. 7 nov. 1865, D. P. 1866, 1, p. 204 ; Civ. 6 juil. 1899, S. 1901, 1, p. 357 ; D. P. 1899, 1, p. 50 ; cependant certains arrêts autorisaient l'arbitrage dans des matières d'ordre public, parce que ne portant que sur l'intérêt privé des parties : Req. 17 janv. 1811, *Jur. gén. Rep. Prat.* V^e arbitrage-arbitre n^o 325 ; 29 janv. 1812, *ib.*, n^o 324 ; Req. 24 mai 1859, D. P. 1859, 1, p. 375 ; le Tribunal civil de la Seine, dans une décision relativement récente, déclarait cependant que pour statuer sur l'exequatur d'une sentence, il fallait attendre le résultat de l'action en nullité pour violation de l'ordre public intentée devant les tribunaux ordinaires (Tr. civ. Seine, 13 janv. 1947, J. C. P. 1947, IV, 127).

étudiant l'exclusion absolue de l'arbitrage au regard de l'ordre public (section 4).

Section 1 — L'évolution jurisprudentielle,

Section 2 — Le rejet des solutions extrêmes,

Section 3 — L'analyse des solutions intermédiaires,

Section 4 — L'exclusion absolue de l'arbitrage au regard de l'ordre public.

SECTION I

L'ÉVOLUTION JURISPRUDENTIELLE

36. — L'évolution jurisprudentielle s'est faite en trois étapes bien distinctes : la première est dominée par la doctrine de l'arrêt de la Cour de cassation du 29 novembre 1950, dit arrêt Tissot (2) ; la seconde par les variations de l'attitude de la Cour de Paris ; la troisième par le rebondissement du problème, alors que l'on pouvait penser que la jurisprudence s'était stabilisée. Nous verrons donc successivement :

§ 1 — La doctrine de l'arrêt Tissot,

§ 2 — Les hésitations de la Cour de Paris,

§ 3 — Le rebondissement du problème.

§ 1. — *La doctrine de l'arrêt Tissot.*

37. — Le 10 novembre 1947 (3) la Cour de cassation rendait un arrêt aux termes duquel l'incompétence absolue de l'arbitre — qui en l'espèce avait méconnu la séparation des pouvoirs en confiant à un séquestre l'administration d'une concession de service public — était justiciable de l'appel, voie de nullité sanctionnant les atteintes à l'ordre public de la sentence elle-même, et non de l'opposition à ordonnance d'exequatur, prévue par l'article 1028 du Code de procédure civile contre les vices infestant le compromis, et dont l'énumération est limitative.

(2) Com. 29 nov. 1950, *Bull. civ.*, p. 253, n° 355 ; D. 1951, p. 170 ; S. 1951, p. 120, note Robert ; G. P. 1951, 1, p. 80.

(3) Com. 10 nov. 1947, *Bull. civ.*, 1948, p. 102 ; J. C. P. 1947, II, 3 968, note Cavarroc ; D. 1948, p. 16 ; S. 1948, I, p. 68.

On remarquait alors (4) que cet arrêt était une condamnation de la thèse suivant laquelle le compromis est nul dès qu'il porte sur une question réglée par des lois d'ordre public, sans quoi la sentence aurait été rendue « hors des termes du compromis », ou plus exactement sur compromis au sens de l'article 1028, alinéa 2.

38. — La Cour de cassation devait se prononcer directement sur la question le 29 novembre 1950, dans une affaire Tissot contre Neff ; le litige portait sur une vente d'orge, dont le prix était taxé ; la Cour d'appel avait refusé d'examiner par la voie de l'opposition à l'ordonnance d'exequatur, la question soulevée de la nullité de la vente, estimant que celle-ci était du ressort des tribunaux ordinaires, et que, faute d'une demande expresse sur ce point, les arbitres ne pouvaient statuer sur la validité de celle-ci. L'arrêt fut cassé au motif que « le juge aurait dû rechercher si le prix excédait le cours du 1^{er} novembre 1939, ce qui, en rendant la vente contraire à l'ordre public, eût interdit qu'elle fit l'objet d'un compromis ». De cet arrêt, il ressortait clairement : — d'une part que, suivant la formule, devenue célèbre, de M. le Professeur Hébraud « le compromis n'est pas nul du fait que l'opération litigieuse est assujettie à un cadre impératif et pose éventuellement des questions touchant à l'ordre public » (5) ; il faut qu'il y ait eu application et violation effective de la règle. — D'autre part, que les arbitres sont compétents, sous le contrôle du juge de l'exequatur, pour apprécier l'existence de la violation de la règle d'ordre public. L'atteinte à l'ordre public rend le compromis nul, les arbitres doivent se dessaisir : la sentence rendue serait nulle, même si les arbitres voulaient tirer les conséquences de l'infraction à l'ordre public ; ils ne peuvent prononcer la nullité du contrat (6).

39. — La position de la Cour de cassation devait se confirmer : le 30 décembre 1954 et le 3 novembre 1955 (7), la Chambre sociale déclarait que la loi du 1^{er} septembre 1948 sur les loyers d'habitation ne soustrayait pas totalement la matière à l'arbitrage, et qu'en conséquence « il est permis au bailleur et au preneur de s'entendre sur le prix du loyer, dans les limites du maximum et du minimum que constituent leurs propositions respectives, un tel accord, essentiellement d'ordre privé, étant susceptible de faire l'objet d'un compromis ».

On a contesté (8) la valeur de précédents de ces deux arrêts parce qu'ils ont été rendus en application de la loi locale en Alsace-Lorraine, où

(4) Mezger, « L'arbitrage commercial et l'ordre public », *Rev. tr. dr. com.*, 1948, p. 611 ; dans le même sens, Hébraud, « Le recours à l'arbitrage », *Informateur du chef d'entreprise*, 1952, p. 437.

(5) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1951, p. 106.

(6) Mais il faut remarquer, avec M. Hébraud, *ibidem*, et *art. préc.*, p. 439, que l'irrecevabilité à laquelle se heurte l'action en exécution aboutit en fait au même résultat que l'annulation.

(7) Soc. 30 déc. 1954, *Bull. civ.*, p. 625, n° 857 ; D. 1955, p. 321, note Désiry ; *Rev. arb.*, 1955, p. 96 ; 3 nov. 1955, *Bull. civ.*, p. 585, n° 780.

(8) Mezger, *note préc.*, sous Orléans, 15 mai 1961.

l'article 1004 du Code de procédure civile n'est pas en vigueur, mais l'objection ne nous semble pas valable, étant donné le caractère général de l'attendu que nous reproduisons.

40. — Les Cours d'appel semblaient suivre la Cour de cassation avec empressement. La Cour de Douai, le 12 juillet 1951 (9), faisait sienne la formule précitée de M. Hébraud, et refusait d'annuler un compromis qui intéressait le droit des associés de mettre fin à la société, — droit d'ordre public d'après les demandeurs en nullité —, tout en affirmant que les arbitres auraient dû refuser de statuer s'ils s'étaient aperçus qu'une telle question leur était posée. La Cour de Paris, le 28 mai 1952 (10) validait un compromis rendu en matière d'assurances sur la vie. La Cour de Douai, le 15 juillet 1952 (11), fut saisie à nouveau du problème ; il lui était demandé de déclarer hors du domaine de l'arbitrage, un marché de plants de pommes de terre, au motif que la marchandise avait été expédiée sans les étiquettes et sans les certificats prescrits par le décret du 7 avril 1937, ce qui constituait un délit. La Cour repousse la demande, au motif que la Chambre arbitrale saisie du litige n'avait pas à se prononcer sur l'existence de l'infraction ; or les procès civils, même nés d'infractions, ne sont pas communicables au Ministère public. Le 27 mars 1953, la Cour d'Angers (12) dans un arrêt rendu en matière de baux ruraux, dont la législation est presque entièrement d'ordre public, valide un arbitrage car « les barèmes contenus aux arrêtés des préfets sur les baux ruraux ne constituent que des catégories à l'intérieur desquelles les classifications de chaque exploitation restent à faire, compte tenu des éléments propres à chaque espèce, en fonction desquelles le fermage est déterminé ».

41. — L'arrêt rendu le 27 juin 1956 par la section commerciale de la Cour de cassation (13) est dans la même ligne.

La violation de l'ordre public, alléguée pour faire prononcer la nullité du compromis, résidait dans le fait que le contrat litigieux mettait en jeu la législation sur les changes, dans l'espèce suivante : la société du Gant Nicolet s'était engagée envers la Société auxiliaire de Fournitures Industrielles et de Crédit (S.A.F.I.C.) à transformer 6 000 peaux de chevreaux que celle-ci lui avait fait parvenir, en produits finis, et à les vendre dans un délai de neuf mois, le produit des réalisations devant être versé à une banque de Genève pour être ensuite réparti. Aucun versement n'ayant été opéré, la S.A.F.I.C. mit en œuvre la procédure arbitrale, au terme de laquelle la sentence, constatant l'inexécution des obligations de la Société du Gant Nicolet, condamna cette dernière à des dommages et intérêts. La Cour de cassation rejeta le pourvoi formé contre l'arrêt qui

(9) Douai, 12 juil. 1951, J. C. P. 1952, II, 7 150, note D. B. ; S. 1952, p. 133, 2^e espèce, note Robert.

(10) Paris, 28 mai 1952, G. P. 1952, 2, p. 93.

(11) Douai, 15 juil. 1952, J. C. P. 1953, II, 7 391, note G.M.

(12) Angers, 27 mars 1953, D. 1954, p. 107, note Savatier.

(13) Com. 27 juin 1956, *Bull. civ.*, p. 164, n° 196 ; *Rev. arb.*, 1957, p. 14.

avait confirmé la validité de la sentence : « attendu que la mission donnée à l'arbitre par le compromis consistait uniquement à rechercher si la société du Gant Nicolet avait une dette envers la S.A.F.I.C. et à en déterminer le montant ; que l'arbitre n'avait donc pas à se prononcer sur les modalités du règlement de cette dette, non plus que sur les formalités que la débitrice aurait éventuellement à remplir pour parvenir à ce paiement ».

§ 2. — *Les hésitations de la Cour de Paris.*

42. — Mais la Cour de Paris est loin d'avoir suivi de façon uniforme la jurisprudence de la Cour de cassation ; elle a retenu successivement, voire alternativement, quatre solutions.

1) Après avoir, le 28 mai 1952 (14), adopté la voie tracée par la Cour suprême, elle prend une position encore plus libérale, le 22 janvier 1954 (15) : il s'agissait d'un marché international, mais c'est cependant une solution de droit interne que fournit l'arrêt. L'appelant faisait valoir que le litige soumis à l'examen des arbitres avait sa source dans un marché dont la validité était subordonnée à l'obtention d'une licence d'importation et d'une autorisation de paiement de l'Office des changes ; il devait par conséquent être soustrait à l'arbitrage, puisqu'il intéressait l'ordre public français. La Cour passe outre et déclare « que les arbitres n'ont pas prononcé une condamnation à exécuter qui aurait pu être contraire à la réglementation française des changes, mais la résiliation du contrat par la faute de la société Radifex.

Cet arrêt suscite les critiques presque unanimes des commentateurs pour son argumentation. On a remarqué qu'il statue à côté du problème (16) ; à la question de la nullité du contrat d'importation conclu sans licence, la Cour répond qu'il est licite de convenir d'un prix en devises étrangères, dans un contrat international, et d'y insérer une clause compromissoire.

De plus, ce système qui conduit à valider toute sentence, pourvu qu'elle soit rendue en conformité avec l'ordre public, et à donner compétence aux arbitres pour prononcer la nullité du contrat initial, se trouve en contradiction absolue avec la position de la Cour de cassation.

43 2). — Ce libéralisme extrême fut d'ailleurs rapidement abandonné pour une rigueur non moins excessive. Le 9 février 1954 (17), la Cour statuait à nouveau, dans une espèce voisine de celle de l'arrêt Tissot. Le différend avait également son origine dans des difficultés survenues à l'occasion de vente et de livraison d'orge ; le marché portait donc sur une denrée taxée. La Cour, sans examiner, comme l'arrêt Tissot

(14) Paris, 28 mai 1952, préc.

(15) Paris, 22 janv. 1954, D. 1955, p. 335, note Robert ; J. C. P. 1955, II, 8 566, note Motulsky ; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1955, p. 165, note Mezger ; *Rev. arb.*, 1955, p. 18.

(16) Motulsky, note sous l'arrêt, J. C. P. 1955, II, 8 566.

(17) Paris, 9 fév. 1954, D. 1954, p. 192 ; J. C. P. 1955, II, 8 483, note Motulsky ; *Rev. arb.*, 1955, p. 21.

lui en faisait obligation, si la taxation était respectée, déclare : « que les dispositions légales ou réglementaires relatives à la taxation des marchandises intéressent l'ordre public ; qu'aucune contestation concernant l'interprétation ou l'application de ces dispositions ne peut être réglée par voie d'arbitrage, sous peine de violation de l'article 1004 du Code de procédure civile ».

44 3). — La Cour de Paris délaissa cette seconde attitude, et le 24 novembre 1955 (18) valida une sentence rendue encore dans une affaire où le contrat litigieux concernait des marchandises taxées. Elle introduisit un critère nouveau de la violation de l'ordre public susceptible d'entraîner la nullité du compromis. « Seul serait illicite et nul le compromis portant sur un litige impliquant par sa solution l'examen de la question de savoir si les dispositions d'ordre public applicables à l'opération litigieuse auraient ou non été violées, ou, cette violation étant admise, quelles en seraient les conséquences ». En matière d'opérations commerciales portant sur des marchandises taxées, « seuls échappent à la possibilité d'un arbitrage les différends portant sur l'existence ou les effets et suites d'un dépassement de prix licite » (19).

Ainsi, la Cour de Paris se trouvait une fois de plus en contradiction avec la Cour de cassation, qui réserve aux arbitres le soin de vérifier, sous le contrôle du juge, si le contrat est conforme à l'ordre public, et, dans l'affirmative, leur enjoint de rendre leur sentence.

45 4). — Elle devait encore changer d'attitude. Le 15 juin 1956 (20), toujours à propos d'un litige portant sur des marchandises taxées, de l'orge en l'espèce, elle déclara que « la nullité du compromis ne découle pas de ce que le litige touche à des questions d'ordre public, mais uniquement du fait que l'ordre public a été violé ». En matière de ventes commerciales portant sur des marchandises taxées « le compromis d'arbitrage n'est nul que si, de l'examen des données de la cause, il appert que la vente elle-même est viciée d'une nullité d'ordre public pour avoir été conclue à un prix illégal ».

Par cet arrêt, la Cour de Paris se ralliait entièrement à la doctrine de la Cour de cassation : il semblait que la jurisprudence s'était uniformisée. On peut citer, dans le même sens, un jugement du Tribunal civil de Grasse, du 30 mai 1956 (21), et un jugement du Tribunal de grande instance de Corbeil-Essonnes, rendu le 24 janvier 1962 (22) dont les attendus reproduisent, sur le problème qui nous occupe, ceux de l'arrêt du 15 juin 1956.

(18) Paris, 24 nov. 1955, J. C. P. 1956, II, 9 079, note Motulsky ; *Rev. arb.*, 1955, p. 98.

(19) Dans le même sens Tr. civ. Toulouse, 21 mars 1955 (*Rev. crit. dr. int. pr.*, 1956, p. 112, note Mezger) qui reconnaît la validité de la sentence parce que le différend « ne porte pas sur le prix ».

(20) Paris 15 juin 1956, J. C. P. 1956, II, 9 419, note Motulsky ; *Rev. arb.*, 1956, p. 97 ; G. P. 1956, 2, p. 123.

(21) Tr. civ. Grasse, 30 mai 1956, *Rev. arb.*, 1956, p. 105.

(22) Tr. gr. inst. Corbeil-Essonnes, 24 janv. 1962. *Rev. arb.* p. 19.

§ 3. — *Le rebondissement du problème.*

46. — On pouvait donc croire le problème réglé ; cependant, la Cour d'Orléans, le 15 mai 1961 (23), rendait encore à propos de contrats internationaux en matière de céréales, deux arrêts fortement motivés, intéressant le pur droit interne.

Dans la ligne de la jurisprudence antérieure, la Cour déclare que « le compromis n'est pas nul du seul fait que le litige est relatif à une convention ou à une opération soumise à certains égards à une réglementation impérative, solution qui restreindrait démesurément le domaine de l'arbitrage en matière commerciale ». L'Office National d'Importation des Céréales (O.N.I.C.) possède le monopole de l'importation et de l'exportation, et les dispositions législatives ou réglementaires qui consacrent ce monopole sont d'ordre public, puisqu'elles touchent à l'organisation économique de l'Etat. Mais cet organisme n'accomplit pas lui-même les opérations du commerce extérieur, laissées au commerçants, et qui sont faites suivant les normes habituelles des marchés ; il fournit simplement les marchandises à exporter, en fixant les quantités. La Cour, s'étant livrée à cette analyse, en déduit qu'un marché ayant pour objet une exportation de blé « ne serait pas contraire en lui-même à l'ordre public et ne serait pas nul, même si, en l'espèce, il a été conclu à un moment où l'O.N.I.C. a décidé de suspendre les fournitures pour l'exportation » (24).

Mais, dit-elle, et c'est là une distinction nouvelle, il faut reconnaître que le litige concerne l'ordre public et que le compromis est nul « chaque fois que la solution de l'arbitrage suppose l'application et l'interprétation d'une règle d'ordre public ».

47. — De cette affirmation, elle tire deux applications opposées, difficilement justifiables. Dans le premier arrêt, elle valide la sentence parce que le vendeur avait garanti la licence d'exportation, en s'engageant à dédommager l'acheteur du préjudice résultant pour lui de semblable exécution, car il est « indifférent à l'ordre public que le risque de l'inexécution soit pris par le vendeur plutôt que par l'acheteur ». Dans la seconde affaire, où le vendeur avait refusé de garantir la licence d'exportation, le problème que posait sa responsabilité ne pouvait trouver sa solution, d'après la Cour, que par l'interprétation et l'application des règles d'ordre public de l'organisation économique française, qui commandaient l'exécution du contrat (25). En revanche, la Cour de Douai, le 12 mai 1961 (26),

(23) Orléans, 15 mai 1961, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1961, p. 779, note Mezger (les deux arrêts) ; J. C. P. 1961, II, 12 356, note J. H. A. ; Clunet 1962, p. 140, note Goldman ; *Rev. arb.*, 1961, p. 188 (seul « Société Tardits c/Korn og Fogerstof Kompagniet »).

(24) On trouve cette même interprétation de la réglementation concernant l'O. N. I. C. dans le jugement du Tribunal de grande instance de Corbeil-Essonnes du 24 janvier 1962, préc.

(25) Sur la critique de l'application des principes dégagés par la Cour d'Orléans aux deux affaires, voir les notes des commentateurs des arrêts, Mezger, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1961, p. 779 ; Goldman, Clunet 1962, p. 140 ; J. H. A., J. C. P. 1961, II, 12 356.

(26) Douai, 12 mai 1961, G. P. 1961, 2, p. 299.

annule une sentence rendue dans un litige portant sur un marché de pommes de terre, après avoir constaté que la livraison contenait une proportion de déchets supérieure à celle que les règlements autorisaient, sans que les arbitres en aient tenu compte. Ces règlements, qui prévoient des sanctions pénales, sont d'ordre public. La Cour n'en déduit pas cependant la nullité du compromis, mais seulement celle de la sentence car « les arbitres doivent respecter l'ordre public ».

48. — La Cour de Paris avait eu entre temps à se prononcer sur la question et l'on pouvait, dès l'arrêt du 27 juin 1957 (27) rendu en matière de baux ruraux, trouver l'amorce d'une nouvelle distinction. Elle déclarait alors la procédure d'arbitrage licite dès lors que « l'objet du compromis » n'est pas contraire aux dispositions de l'article 1004 du Code de procédure civile ; mais elle ajoutait, calquant sa position sur celle de la Cour de cassation « et notamment, qu'il n'est pas dérogé aux dispositions d'ordre public en la matière litigieuse ». Le 30 octobre 1961 (28), elle fut saisie d'une sentence qui avait condamné le fabricant d'un produit pharmaceutique pour avoir interrompu l'exploitation de ce produit sous prétexte de son instabilité. Par la voie de l'opposition à ordonnance d'exequatur, celui-ci argua de la nullité du compromis, la législation sur l'exploitation des produits pharmaceutiques étant d'ordre public.

Tout d'abord, la Cour approuva le jugement dans sa délimitation de la sphère d'ordre public concernant la matière des produits pharmaceutiques : « si la loi en surveille la fabrication, elle n'en limite ni la propriété, ni le transfert ; par ailleurs, la fabrication et la vente s'opèrent sous la seule responsabilité du fabricant ».

Ensuite, dans la ligne de l'arrêt précédent, elle déclara que « la nullité ne découle pas de ce que le compromis a trait à des difficultés d'exécution d'un contrat concernant une matière touchant à certains égards à l'ordre public, mais du fait que l'objet même de l'arbitrage est contraire au dit ordre » ; et elle confirma la validité de la sentence, car « le compromis n'a pas demandé aux arbitres de juger de la cause de la nocivité ou de son imputation, mais leur a seulement conféré la charge de déterminer si l'inexécution des conventions par les laboratoires pouvait ou non se justifier par un cas de force majeure. »

49. — Les arrêts rendus, les 8 mars 1960 et 9 janvier 1962 (29), dans l'affaire Pathé-Marconi contre Varimex furent pour la Cour de Paris l'occasion de confirmer sa position, toujours sous l'angle du droit interne, bien qu'il s'agisse d'une affaire internationale. La sentence attaquée s'était prononcée sur l'inexécution de l'obligation de paiement, née d'un contrat relatif à la livraison de bandes magnétiques. Ce contrat liait une société française et une société polonaise et prévoyait dans sa lettre que le

(27) Paris, 27 juin 1957, J. C. P. 1958, IV, p. 96.

(28) Paris, 30 oct. 1961, *Rev. arb.*, 1961, p. 241.

(29) Paris, 8 mars 1960, *Rev. arb.*, 1960, p. 129 ; J. C. P. 1962, II, 12 477 ; 9 janv. 1962, *Rev. arb.* 1962, p. 12 ; J. C. P. 1962, II, 12 478.

paiement serait effectué dans le cadre des accords de clearing franco-polonais.

Cependant, sur appel de l'opposition à ordonnance d'exequatur, la Cour relève que la volonté réelle des parties était d'y substituer un paiement hors clearing, entre les mains du Conseiller commercial de l'ambassade de Pologne, paiement qui constituait manifestement une atteinte à l'ordre public, puisqu'il était contraire à la législation sur le contrôle des changes et à la convention internationale de clearing.

La Cour se livre donc à l'analyse de cette violation de l'ordre public, et l'on retrouve ici la distinction amorcée dans ses précédents arrêts :

50. — Le 8 mars 1960, saisie de l'appel contre la sentence, elle refuse d'examiner le moyen tiré de la violation de l'ordre public dans le compromis (30), mais déclare : « c'est au juge de l'exequatur qu'il appartiendra de dire si les difficultés d'exécution de la convention touchant les dispositions d'ordre public constituaient bien l'objet du différend que les arbitres avaient pour mission de trancher dans le cadre du compromis ou si elles étaient simplement relatives à des modalités accessoires du règlement du prix ou à des formalités »...

L'arrêt du 9 janvier 1962, rendu cette fois dans le cadre de l'opposition à ordonnance d'exequatur, affirme que « la prohibition de l'article 1004 est relative à l'objet même de la contestation, c'est-à-dire en l'occurrence à l'obligation de paiement et non à ses modalités d'exécution ». L'objet de la contestation étant l'inexécution de l'obligation de paiement, il convient de rechercher si la clause litigieuse contraire à l'ordre public était inhérente à cette obligation, ce qui entraînait la nullité du compromis, ou bien si elle était simplement une modalité d'exécution, auquel cas, « des dispositions touchant l'ordre public auraient simplement été mises en jeu, ce qui, d'après une jurisprudence bien établie, eût laissé aux parties la faculté de compromettre sur leur différend ».

La Cour, ayant relevé que la clause secrète existait dès l'origine des relations contractuelles, en déduisit qu'elle faisait corps avec l'obligation de paiement, et confirma le jugement qui avait fait droit à l'opposition à l'ordonnance d'exequatur.

51. — C'est le même critère que l'on retrouve dans l'arrêt du 14 juin 1962 (31). Il s'agissait d'un litige portant sur l'inexécution d'un contrat de vente de blé de meunerie destiné à l'exportation, et le vendeur avait été condamné par une sentence de la Chambre arbitrale de Paris ; il prétendait, par la voie de l'opposition à ordonnance d'exequatur, que le litige ne pouvait être arbitré, car il mettait en jeu des dispositions relatives à la législation des changes ; il aurait donc fallu rechercher si celle-ci avait été respectée. La Cour de Paris confirma le jugement rejetant l'opposition, au motif que « l'objet du litige est de savoir si

(30) Les domaines respectifs des deux voies de recours, appel et opposition à ordonnance d'exequatur, sont en effet strictement délimités, et exclusifs l'un de l'autre : Voir *infra*, n^{os} 529 et ss.

(31) Paris, 14 juin 1962, *Rev. arb.*, 1962, p. 107.

l'une des parties a ou non exécuté un contrat de vente et de lui allouer, le cas échéant, des dommages et intérêts compensatoires ». Les attaches avec l'objet du litige étaient, d'après la Cour, « accessoires et postérieures » à l'exécution, et d'ailleurs fort discutables, puisque le vendeur se bornait à prétendre à la nécessité d'un examen préalable.

52. — Le 12 février 1963 (32), la Cour dut examiner la conformité avec l'ordre public d'un compromis dans les circonstances suivantes. Un marché de pommes de terre avait été passé se référant au Code des Usages français du commerce des pommes de terre. Une sentence arbitrale était intervenue qui, en vertu de l'article 33 dudit Code, fixait une indemnité de non-livraison égale à la différence « entre le prix au jour de la vente et le prix de la réalisation ou du rachat en bourse ». Or, cette indemnité, faisait plaider le défenseur devant la Cour, s'avérait supérieure aux marges licites admises par l'arrêté ministériel du 7 octobre 1959.

L'arrêt déclara que « pour arguer le compromis de nullité dans de telles conditions, il faut établir qu'il a un objet relatif à l'ordre public et qu'il lui porte directement atteinte ». Ce n'était pas le cas de l'espèce, où, notamment, les juges relevèrent que l'indemnité prévue est une clause pénale, « exclusive de toute notion de marge bénéficiaire » (33).

De ces derniers arrêts, il ressort clairement que, pour la Cour de Paris, il faut que l'ordre public concerne l'objet du litige pour entraîner la nullité du compromis (34).

Devant la diversité des solutions jurisprudentielles proposées, il convient d'examiner à présent leur valeur respective.

SECTION 2

REJET DES SOLUTIONS EXTREMES

53. — Nous examinerons successivement la thèse soutenue par l'arrêt de la Cour de Paris du 9 février 1954, qui interdit l'arbitrage dès que la contestation est relative à une convention soumise par certains points à des dispositions impératives, (§ 1) et la solution proposée par l'arrêt du 22 janvier 1954, qui, à l'inverse, valide toute sentence pourvu qu'elle soit rendue en conformité avec l'ordre public ; cette dernière nous retiendra plus longuement, car elle est conforme à la position d'une partie de la doctrine, du moins en ce qui concerne les affaires commer-

(32) Paris 12 fév. 1963, J. C. P. 1963, II, 13 281, note Level.

(33) Voir Boulbès, « La violation de l'ordre public, moyen de nullité des compromis et de la sentence arbitrale », J. C. P. 1962, I, 1 660.

(34) Voir également Paris, 21 fév. 1964, *Rev. arb.*, 1964, p. 55 ; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1964, p. 543, note Mezger.

ciales (§ 2) ; nous verrons cependant qu'elle se heurte à de sérieuses objections (§ 3).

§ 1. — La théorie restrictive,

§ 2. — Le problème de l'adoption de la théorie extensive en matière commerciale.

§ 3. — Critique de la théorie extensive.

§ 1. — *La théorie restrictive.*

54. — La position adoptée par la Cour de Paris, dans son arrêt du 9 février 1954, fut critiquée unanimement par la doctrine et la jurisprudence.

La Cour d'Orléans lui reproche de restreindre « démesurément » le domaine de l'arbitrage, surtout en matière commerciale (35). C'est également l'avis des auteurs, car « cette doctrine tuerait l'arbitrage », comme on l'a dit à plusieurs reprises (36).

Les arrêts repoussent formellement une telle interprétation de l'interdiction édictée par les articles 83 et 1004 du Code de procédure civile : cette règle « ne signifie pas et n'a jamais signifié... que tout litige relatif à une convention ou opération soumise à certains égards à une réglementation présentant un caractère d'ordre public se trouverait de ce fait soustrait à tout arbitrage » (37).

Une telle attitude serait d'ailleurs contraire à la tendance générale des tribunaux, qui, devant la prolifération des lois dites d'ordre public économique, s'orientent vers une interprétation restrictive (38) et essayent de sauvegarder dans la mesure du possible la validité du contrat, en appliquant à ce dernier des sanctions variées et partielles. Par exemple, ils maintiennent le contrat et effacent la clause qui viole l'ordre public monétaire (39) ; ou encore ils sanctionnent les infractions aux taxations par une action en répétition de l'indu (40).

Il faut ajouter que l'admission d'un tel principe serait par excellence la porte ouverte à la mauvaise foi et aux procédés dilatoires, puisqu'il suffirait à l'une des parties de prétendre que l'ordre public est en cause pour paralyser tout l'arbitrage.

(35) Orléans, 15 mai 1961, préc.

(36) Mezger, « L'arbitrage et l'ordre public », *Rev. tr. dr. com.*, 1948, p. 611 ; note sous Douai, 8 juil. 1954, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1955, p. 165 ; note sous Orléans, 15 mai 1961, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1961, p. 778. Dans le même sens, Hébraud, art. préc. 1952, p. 435 ; obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1951, p. 106 ; 1954, p. 141 ; Boitard, obs. *Rev. tr. dr. com.*, 1955, p. 284 ; Motulsky, note sous Paris 9 fév. 1954, *J. C. P.* 1955, II, 8 483.

(37) Paris, 15 juin 1956, préc. ; 24 nov. 1955, préc. ; dans le même sens 30 oct. 1961, préc. ; Tr. gr. inst. Corbeil-Essonnes, 24 janv. 1962, préc.

(38) Farjat, *thèse* préc. 1963, pp. 127 et ss. ; pp. 309 et ss.

(39) *Ibidem*, p. 391.

(40) *Ibidem*, p. 394.

§ 2. — *Le problème de l'adoption de la théorie extensive en matière commerciale.*

55. — La thèse libérale à l'extrême de l'arrêt du 22 janvier 1954, qui admet la validité de toute sentence dès l'instant qu'elle est compatible avec l'ordre public, a été rapidement abandonnée par la jurisprudence, avec l'approbation de la plus grande partie de la doctrine.

Il faut noter dès l'abord qu'elle tient la prohibition édictée par les articles 1004 et 83 du Code de procédure civile pour lettre morte, puisque c'est aux arbitres seuls que serait dévolue la fonction de respecter l'ordre public — obligation que la jurisprudence sanctionne sans l'aide d'aucun texte et en vertu des seuls principes généraux, en déclarant l'appel toujours recevable en cas d'une infraction de ce genre (41).

Cependant, certains auteurs critiquent vivement la prohibition en matière commerciale, jugée par trop paralysante.

56. — Monsieur Mezger, dès 1948 (42), pour parer à l'objection énoncée plus haut, déclarait que l'application des articles 1004 et 84 ne s'étend pas aux affaires commerciales, car il n'y a pas de représentant du Ministère public auprès des juridictions consulaires qui seraient compétentes en l'absence de la convention arbitrale. Pour l'auteur, cette doctrine serait consacrée législativement par la loi du 2 avril 1936 relative aux transports de marchandises par mer, loi d'ordre public où le législateur interdit seulement, dans l'article 10, la clause compromissoire instituant les arbitres amiables compositeurs. S'il en était autrement, observe-t-il, cet article ne serait pas une restriction, mais une extension de la liberté de compromettre, ce qui est évidemment démenti par sa forme même.

Nous croyons cependant qu'il s'agit là d'un texte formel (43) ; l'argument nous paraît d'autant plus inopérant que la matière, très particulière, est l'un des terrains d'élection de l'arbitrage (44) ; avant la loi du 31 décembre 1925, la clause compromissoire était déjà licite, en vertu de l'article 332 du Code de commerce, dans les contrats d'assurances maritimes.

Un autre auteur (45), sans faire appel à cette justification, pense également que l'interprétation correcte des articles 1004 et 83 conduit à soustraire à l'arbitrage non pas toutes les causes concernant l'ordre public, mais seulement celles qui, le concernant, sont en outre communicables au ministère public.

On trouve encore un reflet de cette théorie chez Monsieur le Doyen

(41) Voir *infra*, n°s 430 et ss.

(42) Mezger, art. préc., *Rev. tr. dr. com.*, 1948, p. 611 ; note sous Orléans 15 mai 1961, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1961, p. 779.

(43) Dans ce sens, Hébraud, art. préc. 1952, p. 437.

(44) Voir par ex. : Prodomidès, « L'arbitrage en matière maritime », *Rev. arb.*, 1955, p. 11.

(45) Goldman, note sous Orléans, 15 mai 1961, *Clunet* 1962, p. 141.

Savatier (46) lorsqu'il dit qu'en matière de baux ruraux, l'argumentation, tirée de la combinaison des articles 1004 et 83 n'a aucune valeur, « car nul n'a jamais soutenu, et pour cause, que les affaires appelées à venir devant le Tribunal paritaire dussent être, au préalable, communiquées au ministère public ».

57. — On objecte fort justement que la non-communication devant les Tribunaux de commerce ou les Tribunaux paritaires ne tient pas à la nature des litiges, mais seulement à une règle d'organisation judiciaire, le ministère public n'étant pas représenté devant les juridictions d'exception. La preuve en est qu'en l'absence du Tribunal de commerce, la communication redevient obligatoire devant le Tribunal civil jugeant commercialement (47).

La jurisprudence est constante sur ce point (48). Il est vrai qu'elle est l'objet de critiques, parce qu'elle se fonde sur le fait que le ministère public est inséparable des Tribunaux de grande instance, argument peu logique d'autant que les juges civils jugent alors suivant la procédure des Tribunaux de commerce (49). Cependant, il demeure exact qu'en appel, la communication redevient effective pour tous les jugements des Tribunaux d'exception ; de toute façon, la possibilité de soumettre un litige à l'arbitrage ne dépend pas du hasard de la répartition des compétences.

58. — Dans sa note sous l'arrêt d'Orléans du 15 mai 1961 (50), M. Mezger, sensible à cette objection, propose alors une interprétation qui lui paraît compatible avec la lettre et le sens historique des textes, et qui consiste à donner un sens différent à la communication prévue par l'article 83 et à celle prévue par l'article 1004. Dans l'article 83, il s'agit des causes communicables « en principe », alors que l'article 1004 viserait uniquement les contestations « effectivement » soumises à communication.

Cette interprétation ne semble pas devoir être retenue ; quoiqu'en dise l'auteur, elle est encore contraire à la lettre du texte de l'article 1004, qui ne fait que renvoyer à l'article 83.

De plus, de lege ferenda, la discrimination entre les affaires commerciales et les affaires civiles ne nous paraît pas souhaitable en l'espèce. S'il est vrai que l'arbitrage en matière commerciale doit bénéficier en quelque sorte d'un régime de faveur parce qu'il y joue un rôle de tout premier plan, l'ordre public « économique » est probablement le plus difficile à interpréter et à appliquer ; son intervention est bien plus fréquente en matière commerciale qu'en matière civile. Il est par consé-

(46) Savatier, note sous Angers, 27 mars 1953, D. 1954, p. 107.

(47) Hébraud, *Rev. tr. dr. civ.*, 1951, p. 106 ; art. préc. 1952, p. 436.

(48) Req. 21 avril 1846, S. 1846, 1, p. 300 ; 12 juil. 1847, S. 1847, 1, p. 842 ; 24 nov. 1847, S. 1848, 1, p. 48 ; 18 nov. 1879, S. 1880, 1, p. 208 ; Civ. 7 mars 1921, S. 1922, 1, p. 70.

(49) Morel, n° 160 ; Garçonnet et César-Bru, T. I, n° 216 ; Glasson, Tissier, Morel, T. II, n° 505.

(50) Mezger, note sous Orléans 15 mai 1961, préc.

quent encore plus dangereux de laisser l'ordre public à la discrétion des arbitres en ce domaine.

59. — M. Mezger, pénétré de la menace que représente pour l'arbitrage l'interdiction édictée par la combinaison des articles 1004 et 83, a imaginé un système encore différent (51). Il prend le contrepied de l'analyse faite par Monsieur le Doyen Vincent de la portée respective de l'article 46 de la loi du 20 avril 1810 et de l'article 83 du Code de procédure civile (52), où l'auteur montre que ce dernier texte s'entend de façon très large, alors que la jurisprudence est très exigeante pour admettre le droit du Ministère public d'agir comme partie principale.

M. Mezger trouve la distinction non fondée, puisque la communication n'est et ne peut être exigée toutes les fois qu'une cause intéresse l'ordre public, ce qui serait pratiquement impossible. Comme cette institution généralement critiquée est tombée en désuétude (53), il faudrait lire l'article 83 comme s'il commençait par « les causes dans lesquelles le Ministère public aurait pu agir d'office ».

60. — Cette uniformisation des deux textes réglant l'action du ministère public n'a guère de chances d'être retenue ; elle risquerait d'ailleurs de se révéler dangereuse pour le respect de l'ordre public, au regard de l'arbitrage, étant donné l'interprétation jurisprudentielle extrêmement restrictive de l'article 46 de la loi du 20 avril 1810.

En définitive, les tentatives pour faire admettre, même dans un domaine limité, la doctrine libérale inaugurée par l'arrêt du 22 janvier 1954, paraissent bien se heurter aux textes ; elles n'échappent pas, de plus, aux critiques que l'on peut faire à cette doctrine.

§ 3. — Critique de la théorie extensive.

61. — Cette théorie est non seulement en contradiction absolue avec les articles 1004 et 83 du Code de procédure civile, qu'elle tient pour lettre morte, mais encore avec les règles de droit positif concernant les liens qui unissent le compromis ou la clause compromissoire et le contrat principal. En validant la sentence par laquelle les arbitres pronçaient la résiliation du contrat passé en infraction à la réglementation de l'Office des changes, l'arrêt du 22 janvier 1954 consacrait l'indépendance de la convention arbitrale par rapport au contrat principal. Or en droit positif interne, cette indépendance n'est pas admise en prin-

(51) *Ibidem*.

(52) Vincent, art. préc., Mélanges Roubier, 1960, p. 333.

(53) Sur les pouvoirs différents du Ministère public en tant que partie jointe et partie principale, et sur l'utilité de la communication ; Glasson, Tissier, Morel, T. I, n° 188 et ss. ; Morel, n° 161 ; Delpech, Rep. proc. civ. V^e Ministère Public, n° 135 ; Solus et Perrot, n° 862 et ss. ; Cornu et Foyer, *Procédure civile*, p. 337 ; Vincent, art. préc. ; Cuche et Vincent, *Précis*, n° 163 et ss. ; Solus, « La jurisprudence contemporaine et le droit du ministère public d'agir en justice au service de l'ordre public », *Etudes Capitant*, 1939, p. 769 ; M. Roland, « Le Ministère public en droit français », J. C. P. 1956, I, 1281.

cipe (54). Pour Monsieur le Professeur Motulsky, dans certaines hypothèses, la dissociation peut s'établir, à condition que la clause le prévoit expressément (55). Il relève par exemple, dans l'affaire soumise à la Cour de Paris le 5 janvier 1961 (56) que la discussion ne pouvait mettre en cause la validité du compromis « qui avait donné mission aux arbitres de statuer sur la validité du contrat ».

Les arguments en faveur de l'autonomie de la clause compromissoire (57) sont généralement assortis de réserves. La doctrine qui en est partisane semble penser en réalité que la clause compromissoire ne doit pas être affectée « nécessairement » par la nullité du contrat principal ; l'indépendance doit être reconnue « à condition cependant que les parties n'aient pas entendu, tacitement ou expressément, lier le sort de la clause à celui du contrat », comme on l'a souligné à plusieurs reprises (58) ; il faut d'ailleurs constater que les pays qui reconnaissent l'autonomie de la clause compromissoire, ne l'admettent en principe qu'à défaut de volonté contraire ; c'est notamment le cas de l'Allemagne, de la Suisse, de l'Italie, des Pays-Bas, de l'Espagne.

62. — La plupart des auteurs qui ne sont pas hostiles en principe à l'autonomie de la convention arbitrale reconnaissent cependant la nécessité d'une discrimination, basée en premier lieu sur la nature de la nullité qui affecte le contrat principal, et en second lieu sur l'intention des parties. Or, on a remarqué pertinemment que (59) « la distinction entre une nullité qu'on peut confiner aux stipulations de fond et une nullité qui s'étend à la clause compromissoire est très délicate ».

Même en cas de déclaration expresse des parties, il faudra, ainsi que le note Monsieur le Professeur Hébraud (60) « à tout le moins scruter leurs intentions, et rechercher si elles ont passé un compromis en connaissance de cause, ou dans le seul but d'exécuter une convention par laquelle elles se croyaient liées, car le vice qui affecte le contrat principal peut également affecter la convention arbitrale » (61).

On ne trouve pas trace de ces distinctions dans la thèse qui permet aux arbitres de statuer sur les causes concernant l'ordre public, pourvu que ce soit en conformité avec celui-ci. C'est pourquoi elle est contraire

(54) Com. 28 janv. 1958, *Rev. arb.*, 1958, p. 17 ; 11 janv. 1960, J. C. P. 1960, II, 11 764, note Garaud ; *Rev. arb.*, 1960, p. 45 ; sur la solution adoptée en droit international, voir *infra*, n^{os} 147 et ss. ; 351 et ss.

(55) Motulsky, note sous Trib. civ. Seine 7 juin 1956, J. C. P. 1956, II, 9 460.

(56) Paris, 5 janv. 1961, J. C. P. 1961, II, 12 204, note Motulsky.

(57) Voir Travaux du Congrès International de l'Arbitrage, *Rev. arb.* 1961, p. 73 ; Forssius, « L'indépendance de la clause compromissoire en droit suédois », *Rev. arb.*, 1955, p. 16 ; note D. B. sous com. 17 juil. 1951, J. C. P. 1952, 7 150 ; Mezger, « Orientation de la jurisprudence allemande en matière d'arbitrage », *Rev. arb.*, 1957, p. 8.

(58) Klein, « Du caractère autonome et procédural de la clause compromissoire. Dissociation de la nullité de cette clause de celle du contrat principal », *Rev. arb.*, 1961, p. 48 ; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1961, p. 499 ; Voir déjà du même auteur, « Considérations sur l'arbitrage en droit international privé », Bâle 1955, p. 268.

(59) Mezger, note sous Paris 22 janv. 1954, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1955, p. 181.

(60) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1962, p. 383.

(61) En ce sens, Forssius, art. préc. ; Mezger, note préc.

à la fois au droit positif et même au mouvement en faveur de l'indépendance de la clause compromissoire, qui ne peut se concevoir que sous certaines réserves.

63. — La théorie inaugurée par la Cour de Paris le 22 janvier 1954 paraît, de plus, dangereuse. Cependant, un auteur déclare approuver l'arrêt « dès l'instant que la sentence constate l'absence de licence, pour décider qu'à son défaut le marché n'a pu subsister » (62) ; un autre affirme la solution recommandable de *lege ferenda* (63), mais, commentant l'arrêt (64), doute de « l'interprétation de la clause compromissoire qui confierait aux arbitres la mission de statuer, le cas échéant, sur les conséquences d'une nullité du contrat principal, conséquences réglées elles-mêmes souvent par des lois impératives où se perdent les non-juristes ».

La comparaison avec la transaction, qui ne se heurte pas à une limitation analogue, serait inopérante ; la transaction, qui ne constitue qu'un succédané du jugement est, comme on l'a souligné (65) « presque inéluctablement en marge des dispositions légales », tandis que le compromis réserve entièrement l'application des dispositions d'ordre public, que les arbitres doivent respecter, même lorsqu'ils statuent comme amiables compositeurs, sous peine de voir prononcer l'annulation de la sentence par la voie de l'appel, toujours possible lorsque l'ordre public est en jeu (66).

64. — La surveillance exercée par les tribunaux judiciaires ne rend cependant pas sans danger l'abandon total de l'application de l'ordre public aux arbitres ; d'une part, on peut craindre, « que le contrôle soit moins aisé et moins efficace qu'auprès des Tribunaux ordinaires » (67) ; d'autre part, la soumission de la sentence aux voies de recours n'est pas la règle, mais bien l'exception, consacrant le plus souvent l'échec de l'arbitrage. L'admission de principe de la possibilité de statuer « sur les causes concernant l'ordre public », entraînerait sans doute l'apparition de nombreuses sentences rendues avec la plus entière bonne foi en violation des règles impératives, et que les tribunaux ordinaires ne connaîtraient jamais. Le risque est inversé avec le respect de l'interdiction édictée par les articles 1004 et 83 du Code de procédure civile : les arbitres ne peuvent que refuser à tort de statuer, ce qui est infiniment moins néfaste au regard de l'ordre public.

Si les deux attitudes extrêmes, qui consistent soit à interdire l'arbitrage lorsque l'ordre public est en jeu, soit à l'admettre en enjoignant simplement aux arbitres de tirer les conséquences d'une violation éventuelle, sont à repousser, les difficultés ne font que commencer avec les solutions intermédiaires.

(62) Robert, note sous l'arrêt, 1955, p. 335.

(63) Mezger, note préc., *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1961, p. 779.

(64) Mezger, note sous Paris 22 janv. 1954, préc.

(65) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1951, p. 106 ; Mezger, art. préc. 1948, p. 611.

(66) Voir *infra*, n° 430 et ss.

(67) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1951, p. 106 ; art. préc. 1952, p. 362.

SECTION III

L'ANALYSE DES SOLUTIONS INTERMEDIAIRES

65. — Nous examinerons successivement la solution proposée par l'arrêt Tissot, qui constitue, à notre avis, une première étape (§ 1), et les solutions proposées par la Cour d'Orléans et la Cour de Paris dans des espèces où elles ont dû approfondir le problème (§ 2).

§ 1. — La première étape : l'arrêt Tissot,

§ 2. — La deuxième étape : les doctrines de la Cour d'Orléans et de la Cour de Paris.

§ 1. — *La première étape : l'arrêt Tissot.*

De l'arrêt du 29 novembre 1950, il découle que la nullité du compromis, conséquence de la nullité du contrat initial, fait obstacle à l'arbitrage, mais qu'elle est soumise à l'appréciation des arbitres, sous le contrôle du juge. La doctrine approuve généralement cette attitude (68), et les craintes d'un auteur, qui redoutait que cette position ne conduise encore à interdire l'arbitrage dès que l'ordre public est en jeu (69), se sont avérées vaines, et démenties par la jurisprudence fidèle à la Cour de cassation. La Cour de Paris, le 15 juin 1956 (70), déclare plus formellement encore « le compromis d'arbitrage n'est nul que si, de l'examen des données de la cause, il appert que la vente est viciée elle-même, d'une nullité d'ordre public, pour avoir été conclue à un prix illégal ».

Il semble bien cependant que l'arrêt Tissot n'ait suscité un certain enthousiasme en doctrine que parce que c'était la première prise de position récente de la Cour de cassation sur le problème des rapports de l'ordre public avec l'arbitrage.

66. — La théorie ainsi dégagée avait plusieurs mérites. Elle sauvegardait la possibilité de compromettre dans les matières où l'ordre public n'intervient que de façon accessoire, et limitait ainsi sérieusement le champ de l'exclusion totale de l'arbitrage (71), tout en respectant la prohibition édictée par l'article 1004.

(68) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1951, p. 106, art. préc. ; Motulsky, notes sous Paris, 9 fév. 1954, *J. C. P.* 1955, II, 8 483 ; 22 janv. 1954, *J. C. P.* 1955, II, 8 566 ; 24 nov. 1955, *J. C. P.* 1956, II, 9 079 ; 15 juin 1956, *J. C. P.* 1956, II, 9 419 ; 5 janv. 1961, *J. C. P.* 1962, II, 12 204 ; Mezger, notes sous Paris 22 janv. 1954, préc. ; sous *Tr. civ. Toulouse*, 21 mars 1955, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1956, p. 112 ; sous Orléans, 15 mai 1961, préc.

(69) Robert, note sous *Com.* 29 nov. 1950, *S.* 1951, p. 120.

(70) Paris 15 juin 1956, préc.

(71) Hébraud, *Rev. tr. dr. civ.*, 1962, p. 160 ; art. préc., 1952, p. 438.

Un des résultats les plus appréciables était l'obstacle aux procédés dilatoires. On notait que la violation de l'ordre public ne pouvait être invoquée abusivement : « pourvu que les arbitres trouvent le moyen mal fondé et que le juge leur donne raison, peu importe que les plaideurs soulèvent la question » (72).

De plus, elle respectait parfaitement le dualisme des voies de recours, la violation de l'ordre public par les arbitres ressortissant à l'appel direct de la sentence, celle commise dans le compromis ressortissant à l'opposition à l'ordonnance d'exequatur.

Mais un auteur (73) voyait déjà « l'envers de la médaille », c'est-à-dire la complication qui en résulte sur le plan technique, et souhaitait qu'on admette, à raison de l'indissolubilité qui lie la sentence au compromis, que le vice a infesté et la sentence et le compromis. La délimitation stricte des domaines des voies de recours est en effet généralement critiquée car elle implique la très difficile distinction des cas de nullité inclus dans le compromis et de ceux inclus dans la sentence (74).

67. — En revanche, M. Hébraud (75) souligne que, dans l'optique de l'arrêt, l'ordre public qui intervient au niveau de la sentence ne tient pas en suspens la validité de la convention sur laquelle a été passé le compromis, mais oriente simplement la solution du litige et dirige l'activité des arbitres ; il remarque toutefois que la sentence « est en elle-même conditionnée par les conclusions des parties, par les demandes qu'elles ont présentées et précisées dans les termes du compromis ; il n'est donc pas impossible de faire remonter à celui-ci la violation éventuelle de l'ordre public, et de faire jouer la sanction habituelle ». Le respect de la dualité des voies de recours risque, en effet, d'être plus difficile à réaliser qu'on pourrait le croire, mais ce n'est pas là le moindre reproche qu'encourt la doctrine que nous analysons.

On a constaté (76) qu'elle abandonne aux arbitres la solution de la question la plus délicate, l'appréciation des limites de l'ordre public, tout en leur refusant le pouvoir d'en appliquer la sanction. Il y a certes quelque illogisme dans cette attitude, mais il faut remarquer cependant que les arbitres n'opèrent que sous le contrôle du juge, toujours effectif en cas d'atteinte à l'ordre public.

68. — Le plus grave reproche adressé à la conception de la Cour de cassation a été formulé par la Cour d'Orléans, dans son arrêt du 15 mai 1961 (77) où il est dit qu'elle a pour conséquence « de soumettre la validité du compromis à la solution du litige envisagé, puisque le compromis ne serait nul que s'il était jugé que la convention ou l'opération a violé l'ordre public ».

(72) Mezger, note préc. sous Tr. civ. Toulouse 21 mars 1955.

(73) Robert, note sous Cass. 29 nov. 1950, S. 1951, p. 120.

(74) Voir *infra*, n° 531 et ss.

(75) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1954, p. 533.

(76) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1951, p. 106 ; art. préc., p. 438.

(77) Orléans 15 mai 1961, préc.

Sans doute, croyons-nous, avec un auteur (78), l'argument réellement troublant, car il faudra attendre le jugement pour savoir si les magistrats ont établi l'existence d'une semblable violation.

On a prétendu (79) qu'il n'y a pas là cercle vicieux, car la méconnaissance de l'ordre public apparaîtra au niveau de la sentence, non du compromis, et il est dès lors normal qu'elle ne puisse être appréciée qu'en fonction du contenu de la sentence. Cette réfutation ne nous paraît pas extrêmement convaincante : dans le cas de la nullité du contrat originaire, la sentence n'est affectée que par voie de conséquence ; ce n'est donc pas « à son niveau » qu'apparaît la nullité ; la proposition nous semble exacte seulement lorsqu'il s'agit d'une sentence qui, sur la base d'un compromis valable, a transgressé les règles d'ordre public qu'elle aurait dû appliquer, et se trouve alors justiciable de l'appel.

69. — Nous croyons cependant que le reproche adressé par la Cour d'Orléans se résume en une simple mise en cause du contrôle *a posteriori*. Il est évident que toutes les fois que les juges ne sont saisis d'une difficulté concernant le déroulement de l'arbitrage, qu'après l'achèvement de celui-ci, une partie de l'activité des arbitres se révèle inutile, mais c'est dans la logique du système. La situation est la même lorsqu'il s'agit de sanctionner les cas de nullité du compromis énumérés dans l'article 1028 du Code de procédure civile. En dehors de l'hypothèse assez contestée de la recevabilité d'une action préventive (80), ce n'est qu'après la reddition de sentence que l'on saura seulement si les arbitres ont statué sur compromis nul ou expiré.

Plus pertinente apparaît l'argumentation de la Cour d'Orléans lorsqu'elle déclare que la conception de l'arrêt Tissot « paraît procéder d'une confusion entre la nullité qui frappe la clause compromissoire insérée dans une convention elle-même nulle pour violation de l'ordre public, et la nullité du compromis qui porte sur un litige touchant à l'ordre public ».

Il est vrai que ce système, à l'inverse de la théorie extensive, consacre expressément la dépendance du compromis par rapport à la convention originaire (81) ; or, cette position est trop absolue pour être exacte.

70. — M. Mezger, quelque peu hostile à la solution préconisée par la Cour d'Orléans, qui lui paraît restreindre le domaine de l'arbitrage, tente de justifier celle de la Cour de cassation (82). Pour lui, il est possible que l'arrêt Tissot confonde sciemment les deux nullités, celle du compromis et celle de la convention originaire ; il n'est pas certain en outre, que le législateur de 1806 ait discerné les deux nullités.

C'est là, semble-t-il, un argument un peu faible : la distinction est

(78) Mezger, note préc. sous l'arrêt.

(79) Goldman, note sous Orléans, 15 mai 1961, Clunet 1962, p. 141.

(80) En ce sens, Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1962, p. 160.

(81) Voir Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1951, p. 106.

(82) Mezger, note sous Orléans, 15 mai 1961, préc.

sans doute difficile à opérer, à cause des liens qui existent entre le compromis et le contrat initial « du fait que le litige porte sur le contrat, y puise son objet » (83), mais elle apparaît nécessaire (84) ; si la nullité du contrat principal entraîne la nullité du compromis, l'inverse ne peut être sérieusement soutenu, pas plus que la validité du compromis découlant automatiquement de celle du contrat principal.

En revanche, pour M. Hébraud, la Cour de cassation semble éluder le problème, en recherchant seulement la nullité du contrat illicite (85).

71. — Nous croyons plutôt que l'arrêt du 29 novembre 1950 n'a eu à statuer que sur un aspect de la question. La Cour d'appel avait jugé le litige insusceptible d'arbitrage parce qu'il portait sur une marchandise taxée. La Cour suprême déclare qu'il faut d'abord rechercher si le prix licite a été dépassé, auquel cas le contrat original serait nul, ce qui entraînerait la nullité de la clause compromissoire. Ce n'est là qu'une première étape. C'est exclusivement au niveau du contrat original que se posait la question, et non au niveau du compromis passé en vertu d'un contrat valable. La remarque a été faite (86), venant appuyer notre thèse, que l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 27 juin 1956, ainsi d'ailleurs que ceux de la Cour de Douai du 15 juillet 1952 et la Cour d'Angers du 27 mars 1953 (87), sont susceptibles d'une double interprétation, et peuvent être cités à l'appui de la théorie que nous examinons, aussi bien qu'à l'appui de la théorie plus restrictive énoncée par les Cours d'Orléans et de Paris, et que nous analyserons ci-dessous. Dans ces trois affaires, le contrat original était valable, parce que conforme à l'ordre public, et les arbitres n'avaient pas à faire intervenir des règles impératives pour la solution des litiges dont ils étaient saisis : la question restait donc en suspens.

§ 2. — *La deuxième étape : les doctrines de la Cour d'Orléans et de la Cour de Paris.*

72. — Le problème de la violation de l'ordre public, non plus au niveau du contrat original, mais à celui des éléments du litige, fut résolu de façon assez différente par la Cour d'Orléans, le 15 mai 1961, et par la Cour de Paris, dans une série d'arrêts (88) dont le plus marquant peut-être est celui du 9 janvier 1962.

Le point de vue de la Cour d'Orléans nous paraît cependant moins satisfaisant que celui de la Cour de Paris.

73. — La Cour d'Orléans pose en principe que le compromis est nul « chaque fois que la solution de l'arbitrage suppose l'interprétation et l'application d'une règle d'ordre public ».

(83) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1962, p. 383.

(84) En ce sens, Hébraud, *ibidem*.

(85) *Ibidem*.

(86) Mezger, note sous Orléans, 15 mai 1961, préc.

(87) Douai 15 juil. 1952 ; Angers 27 mars 1953, préc.

(88) 27 juin 1957 ; 30 oct. 1961 ; 8 mars 1960 et 9 janv. 1962 ; 14 juin 1962, préc.

Cette doctrine nous paraît se heurter à des objections sérieuses ; elle n'est d'ailleurs pas en accord avec l'arrêt Tissot, dont on a déduit justement que la convention arbitrale n'est pas nulle du seul fait qu'elle met en jeu des règles impératives, mais du fait que l'ordre public a été « effectivement violé ».

L'arrêt procède d'une confusion entre les vices affectant la sentence elle-même, qui sont passibles exclusivement de l'appel, et ceux affectant le compromis, justiciables de l'opposition à ordonnance d'exequatur. Méconnaissant la dualité des voies de recours, la Cour d'Orléans encourt, au premier chef, la critique qu'elle adressait à l'arrêt Tissot : le cercle vicieux existe réellement cette fois. C'est seulement après la reddition de la sentence qu'on pourra savoir si les arbitres avaient à mettre en jeu ou à interpréter des règles d'ordre public.

De plus, si la dualité des voies de recours est critiquable, il faut cependant distinguer, nous semble-t-il, en l'espèce, entre les vices affectant le compromis et ceux atteignant la sentence. Autant peut paraître justifiée la prohibition de statuer à partir d'un compromis portant atteinte à l'ordre public, autant elle paraît inutile lorsqu'il s'agit simplement d'appliquer des dispositions impératives, sous le contrôle du juge. Elle se révèle même impossible, car les arbitres doivent toujours tenir compte de règles d'ordre public, ne serait-ce que de toutes celles qui concernent le respect des droits de la défense.

Aussi le critère proposé par la Cour d'Orléans apparaît-il incertain, et par suite dangereux, car il permet une interprétation extensive de la prohibition de compromettre sur les causes concernant l'ordre public.

74. — Le système de la Cour de Paris nous semble préférable. La discrimination entre la nullité du contrat principal et la nullité du compromis est effectuée d'une façon plus logique et partant, plus efficace. La Cour recherche le critère de la violation de l'ordre public, non dans l'application éventuelle des dispositions impératives, mais dans l'objet du litige soumis aux arbitres. Il faut, pour que le compromis soit entaché de nullité que la violation de l'ordre public réside dans cet objet, et ne soit pas relative « à des modalités accessoires de règlement de prix ou à des formalités que la société débitrice aurait eu éventuellement à remplir pour parvenir au paiement » suivant l'arrêt du 8 mars 1960 ; ou à des « difficultés d'exécution survenues postérieurement », suivant l'arrêt du 9 janvier 1962. Il n'y a pas lieu de prononcer la nullité du compromis « lorsque les attaches avec l'ordre public sont accessoires et postérieures à l'exécution », dit encore la Cour le 14 juin 1962.

La théorie de la Cour de Paris paraît devoir emporter l'approbation (89).

(89) En ce sens, Boulbès, « La violation de l'ordre public, moyen de nullité du compromis d'arbitrage et de la sentence arbitrale », J. C. P. 1962, I, 1 676 ; Hébraud, *Rev. tr. dr. civ.*, 1962, p. 160 ; p. 383 ; Level, note sous Paris, 12 fév. 1963, J. C. P. 1963, II, 13 281.

Il faut noter, tout d'abord, qu'elle peut se présenter comme un prolongement de la jurisprudence de la Cour de cassation. Dans une affaire où le contrat initial était valable, celle-ci, le 27 juin 1956 (90), avait déjà rejeté le grief de violation d'ordre public, « l'objet du compromis » étant de rechercher si, en vertu du contrat, il y avait une dette, et à en déterminer le montant, mais non de se prononcer sur des modalités de règlement ou des formalités à remplir pour le paiement. Il reste vrai, d'ailleurs, qu'à partir du moment où le contrat original est nul, les arbitres doivent se dessaisir.

75. — Ce système a également le mérite de respecter la dualité des voies de recours, à l'opposé de celui de la Cour d'Orléans. Les infractions à l'ordre public, commises par les arbitres dans l'exercice de leur pouvoir juridictionnel, seront sanctionnées par la voie de l'appel, et non par la voie de l'opposition à ordonnance d'exequatur, si, comme le dit l'arrêt du 8 mars 1960, « la violation est imputable aux arbitres au cours des opérations d'arbitrage », ou encore, suivant les termes de l'arrêt du 12 février 1963, si elle est « le fait des arbitres dans l'exercice de leur pouvoir juridictionnel ».

De plus, si l'on prend comme critère l'objet du compromis, il n'est plus nécessaire d'attendre la sentence pour savoir si le compromis est nul.

Sur le plan pratique, la doctrine de la Cour de Paris paraît également très satisfaisante. Elle évite l'usage des procédés dilatoires, tant redoutés par les auteurs, soucieux de sauvegarder la vitalité de l'arbitrage. C'est encore là un avantage par rapport à la théorie de la Cour d'Orléans. Il ne suffit pas qu'un plaideur de mauvaise foi invoque l'application ou la mise en cause d'une règle d'ordre public, pour paralyser la procédure arbitrale. Sans restreindre démesurément le domaine de l'arbitrage, la Cour de Paris évite cependant d'abandonner l'ordre public entre les mains des arbitres, simples particuliers dont on peut craindre qu'ils soient moins pénétrés que les juges officiels, de la nécessité de respecter les règles impératives.

SECTION IV

L'EXCLUSION ABSOLUE DE L'ARBITRAGE AU REGARD DE L'ORDRE PUBLIC

76. — A côté des cas où le litige « met en cause », de façon plus ou moins importante l'ordre public, et pour lesquels la jurisprudence a élaboré un critère qui permet l'arbitrage là où l'application à la lettre des

(90) Com. 27 juin 1956, préc.

articles 1004 et 83 l'interdirait, il est des matières soustraites par nature à la justice privée. Tous les auteurs insistent sur la nécessité de la distinction (91).

Il est hors de doute, par exemple, que les situations juridiques objectives, pour reprendre la terminologie de M. le Doyen Roubier (92), ne peuvent faire l'objet d'une application nuancée de la prohibition, car les parties n'y sont pas libres d'aménager leurs rapports à leur guise. Ce sera le cas notamment de la plupart des règles concernant l'état des personnes, et la constitution de la famille (mariage, filiation, puissance paternelle, droit au nom, par exemple).

Le problème commence à se poser avec les situations juridiques subjectives. Lorsqu'elles dépendent de la volonté privée, à la fois dans leur création et dans leurs effets, l'ordre public n'interviendra que de manière accidentelle, et le plus souvent dans la sentence ; mais lorsqu'elles dépendent de la volonté privée dans leur création, et de la loi dans leurs effets, elles paraissent devoir être soustraites à l'arbitrage.

La jurisprudence décide en général, nous l'avons vu, que la réglementation concernant la taxation des prix ne met pas obstacle à la possibilité de compromettre. Cette attitude est d'autant plus normale qu'elle interprète de façon restrictive les règles d'ordre public économique, en raison à la fois de leur prolifération et de leur imperfection (93).

77. — Elle a opéré une distinction subtile en matière de compétence exclusive, celle-ci devant, à première vue, entraîner l'exclusion du compromis. Ainsi qu'on l'a écrit (94), « c'est parce qu'elles touchent à l'organisation judiciaire que les dispositions légales qui désignent impérativement un ordre de juridiction déterminé pour connaître d'une catégorie de litiges ne permettent pas de les soumettre à l'arbitrage ».

Or, la prolifération des juridictions d'exception, caractérisées par par l'attribution d'une compétence exclusive généralisée (95), conduirait à bannir l'arbitrage d'une multitude de domaines.

En fait, la jurisprudence et les auteurs effectuent une discrimination, pas toujours aisée d'ailleurs. On peut dire, suivant la distinction proposée par M. le Doyen Vincent (96), que l'attribution « exclusive » de compétence ne suffit pas pour exclure l'arbitrage ; il faut qu'il y ait attribution « impérative ».

78. — On met l'accent sur l'origine conventionnelle de l'arbitrage

(91) Voir par ex. : Robert, *Traité*, n° 27 ; note sous Cass. 29 nov. 1950, S. 1951, p. 120 ; Motulsky, notes sous Paris 9 fév. 1954, J. C. P. 1955, II, 8 483 ; 24 nov. 1955, J. C. P. 1956, II, 9079 ; 15 juin 1956, J. C. P. 1956, II, 9 419 ; Orléans, 19 fév. 1957, J. C. P. 1957, II, 10 119 ; Hébraud, *Rev. tr. dr. civ.*, 1951, p. 106 ; art. préc. 1952, p. 436.

(92) Roubier, « Droits subjectifs et situations juridiques », Paris, 1963, pp. 9 et ss. ; pp. 61 et ss.

(93) Voir sur ce point Farjat, *thèse préc.*, pp. 519 et ss.

(94) Robert, *Traité*, n° 24.

(95) H. Sinay, « La compétence exclusive », J. C. P. 1958, I, 1 451 ; Nerson, « Le développement des juridictions d'exception et ses dangers », D. 1947, p. 121.

(96) Cuhe et Vincent, *Précis*, n° 608 et note 2.

pour expliquer cette possibilité. Pour un auteur (97), elle est fondée sur le fait que la compétence des arbitres s'analyse en une prorogation conventionnelle de juridiction créant l'incompétence de la juridiction de droit commun. La prorogation resterait possible chaque fois que la juridiction qui en bénéficie ne serait pas incompétente *ratione materiae*.

Cette explication n'est pas complètement satisfaisante (98) et elle prouve trop : la prorogation conventionnelle de la compétence d'une juridiction ordinaire devrait être possible dans le même cas.

Pour M. le Doyen Savatier (99) l'attribution d'une compétence exclusive à une juridiction exprime seulement la volonté du législateur d'empêcher le litige d'être soumis à une autre juridiction officielle, mais ne s'oppose pas nécessairement à ce qu'il soit soumis à l'arbitrage, qui se situe « en marge de l'organisation judiciaire ».

On retrouve la même opinion chez M. le Professeur Hébraud (100) qui pense que si l'exclusivité de la compétence attribuée à une juridiction ne fait pas obstacle par elle-même à l'arbitrage, c'est parce que le Code s'est attaché à l'origine contractuelle de ce dernier, qui ne se présente pas comme une juridiction se dressant en face des autres, en empiétant sur leur compétence.

Une autre doctrine (101) découvre le critère dans le prolongement de l'idée de M. Savatier : « l'interdiction de l'arbitrage ne résulte pas de la seule attribution exclusive de compétence ; elle ne doit être admise que dans les cas où cette attribution traduit l'idée que le règlement du différend par la voie arbitrale apparaît, en soi, comme contraire à l'ordre public ».

79. — La distinction n'est pas toujours facile, car elle suppose l'interprétation de la volonté du législateur et révèle la fluidité de la notion d'ordre public. Il n'y a aucune difficulté pour admettre l'impossibilité d'un arbitrage pour les actions nées de la faillite (102) « dans la mesure où un litige relève de la compétence exclusive du Tribunal parce qu'il a sa cause dans cette dernière » (103), la clause souscrite antérieurement par le commerçant demeurant valable (104).

En matière de propriété industrielle, mis à part le cas des actions en nullité ou en déchéance de brevets, qui sont sujettes à des communi-

(97) Robert, *Traité*, n° 27.

(98) Sur la critique de l'analyse de l'arbitrage en une prorogation conventionnelle de juridiction, voir *infra*, n° 127.

(99) Savatier, note sous Angers, 27 mars 1953, D. 1954, p. 107.

(100) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1955, p. 532.

(101) Motulsky, note sous Cass., 7 fév. 1958 ; J. C. P. 1958, II, 10 777.

(102) Sur la possibilité de compromettre ouverte au syndic : voir Robert, *Traité*, n° 19 ; note R. B. sous Paris, 31 janv. 1963, J. C. P. 1963, II, 13 083 ; note P. L., sous Com. 1^{er} juil. 1963, J. C. P. 1963, II, 13 535 ; cette possibilité n'existe d'ailleurs que pour les seules questions n'intéressant pas l'ordre public : Houin, *Encycl. Dalloz*, dr. com., Faillite, n° 1 639.

(103) Motulsky, *ibidem*.

(104) Paris, 31 janv. 1963, J. C. P. 1963, II, 13 083, note R. B. ; *Rev. arb.*, 1963, p. 25 ; voir obs. Hébraud, *Rev. tr. dr. civ.*, 1951, p. 546 ; 1952, p. 99 ; 1963, p. 782.

cations, les auteurs sont d'accord pour reconnaître que des solutions nuancées s'imposent (105). La validité des conventions d'arbitrage ne fait aucun doute, par exemple, lorsque celles-ci visent les contrats de cession ou d'exploitation de brevets (106).

Les attributions récentes de compétences exclusives ont créé plus de difficultés, car elles ont une « force attractive » suivant l'expression particulièrement énergique de Mme Sinay (107).

80. — En ce qui concerne les affaires de la compétence exclusive du Tribunal paritaire des baux ruraux, l'unanimité est faite pour dire que l'ordre public ne postule pas une interdiction totale, bien que la matière soit presque exclusivement d'ordre public. La Cour de cassation elle-même semble l'admettre indirectement : dans un arrêt du 7 février 1958 (108), elle constate que la décision attaquée ne contestait pas la possibilité d'un arbitrage. La Cour de Paris, le 27 juin 1957, et la Cour d'Angers, le 27 mars 1953 (109), se prononcent formellement pour l'affirmative.

Les auteurs approuvent cette jurisprudence, car les affaires soumises au Tribunal paritaire ne sont pas exclues « par nature » de l'arbitrage (110).

La Cour de cassation a d'ailleurs reconnu formellement la possibilité de l'arbitrage en matière de loyers d'habitation soumis à la loi du 1^{er} septembre 1948, bien que l'article 87 de cette même loi semble l'interdire (111).

81. — La doctrine est plus hésitante sur la portée de l'exclusivité de la compétence de la juridiction prud'homale. Il est hors de doute que la clause compromissoire est prohibée dans un contrat de travail, car elle ne rentre pas dans les cas prévus par la loi du 31 décembre 1925 (112). Elle est même interdite dans les conventions collectives visant les conflits individuels, depuis les lois du 23 décembre 1946 et du 11 janvier 1950 (113),

(105) Motulsky, *ibidem* ; Roubier, « Le Droit de la Propriété Industrielle », T. I, n° 10, p. 43, note 3 ; Voir sur l'ensemble de la question, Robert, *Traité*, n° 27.

(106) Tr. gr. inst. Seine, 14 mars 1963, J. C. P. 1963, II, 13 396, note P. L. ; Paris 30 mai 1963, J. C. P. 1963, II, 13 338, note Motulsky ; Clunet 1964, p. 82, note Bredin.

(107) H. Sinay, art. préc.

(108) Soc. 7 fév. 1958, Bull. civ., n° 148, p. 180 ; *Rev. tr. dr. civ.*, 1958, p. 503, obs. Hébraud.

(109) Paris, 27 juin 1957 ; Angers, 27 mars 1953, préc.

(110) Robert, *Traité*, n° 27 ; Cuhe et Vincent, *Précis*, n° 608, note 2 ; Vincent, art. préc. Mélanges Roubier, T. I, 1960, n° 12 ; Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1955, p. 361 ; Motulsky, note préc. sous Cass. 7 fév. 1958, J. C. P. 1958, II, 10 777 ; Savatier, note préc. sous Angers, 27 mars 1953, D. 1954, p. 107.

(111) Soc. 30 déc. 1954, D. 1955, p. 321, note Désiré.

(112) Soc. 25 mai 1956, Bull. civ., n° 492, p. 363 ; Civ. 20 juin 1957, J. C. P. 1958, II, 10 773, note Motulsky ; Paris, 29 juin 1956, J. C. P. 1956, II, 9 524, note Motulsky ; *Rev. arb.*, 1956, p. 98 ; Tr. civ. Seine 24 avril 1952, S. 1953, 2, p. 69 ; 7 juin 1956, J. C. P. 1956, II, 9 460, note Motulsky.

(113) Voir Brun et Galland, *Droit du Travail*, I-120 ; Motulsky, note préc. sous Cass. 20 juin 1957, et réf. cit.

alors qu'elle a été considérée comme licite sous l'empire de la loi du 25 mars 1919.

Quant au compromis, la question se pose depuis la loi du 18 décembre 1956, qui interdit les clauses attributives de juridiction dans le contrat de louage de services, disposition reprise par l'alinéa 4 de l'article 81 du décret du 22 décembre 1958, remaniant l'article 80 du Livre IV du Code de Travail.

Certains auteurs (114) estiment que cette interdiction doit entraîner l'exclusion de l'arbitrage, à cause du caractère d'ordre public qui s'attache à la règle (115). Telle est peut-être la solution adoptée par la Cour de cassation, qui, le 9 juin 1953 et le 20 juin 1957 (116) en annulant la clause compromissoire insérée dans un contrat de louage de services, proclame de façon surabondante que la compétence du Conseil des prud'hommes est « d'ordre public ».

Pour M. Robert (117), la prohibition des clauses attributives de juridiction entraîne celle de l'arbitrage, puisque celui-ci est réglementé par la loi et le Code de procédure civile, comme s'il faisait partie de l'organisation judiciaire générale ; là encore, l'auteur prouve trop, à notre sens. Si cela était, l'arbitrage devrait être banni dès qu'il y a attribution de compétence exclusive.

82. — Nous ne croyons pas qu'il y ait là des arguments suffisants. Le seul problème est de savoir si la matière est « par nature » d'ordre public. C'est à ce seul point de vue que se place la doctrine favorable à l'arbitrage dans les matières relevant de la compétence de la juridiction prud'homale (118). Avant même la loi du 18 décembre 1956, on remarquait que « le litige individuel du travail n'est pas congénitalement réfractaire à l'arbitrage » (119). Aussi, pour M. le Professeur Hébraud, la nullité des clauses attributives de la juridiction s'étend-elle aux clauses compromissoires parce qu'elles en sont très voisines (120) ; mais le compromis, conclu après la naissance du litige, doit échapper à la prohibition,

(114) Brun et Galland, I-120 et addendum ; Cuche et Vincent, *Précis*, n° 608, note 2 ; Robert, *Traité*, n° 27.

(115) Brun et Galland, *ibidem*.

(116) Soc. 9 juin 1953, Bull. civ. n° 547, p. 393 ; *Droit social*, 1954, p. 32 ; Civ. 20 juin 1957, J. C. P. 1958, II, 10 773, note Motulsky.

(117) *Ibidem*.

(118) Bruns et Motulsky, « L'arbitrage et les conflits du travail », *Rev. arb.*, 1956, p. 80 ; Motulsky, note sous Civ. 20 juin 1957, J. C. P. 1958, II, 10 773 ; sous Soc. 7 fév. 1958, J. C. P. 1958, II, 10 777 ; Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1958, p. 664.

(119) *Ibidem*.

(120) L'auteur note que la nullité relative en tant qu'actes mixtes des clauses compromissoires incluses dans le contrat de travail, s'en trouvera transformée en nullité absolue.

On peut objecter, cependant, que l'arbitrage se situant en dehors des juridictions officielles, et donc du règlement des problèmes de compétence, la ressemblance entre la clause compromissoire et la clause attributive de juridiction ne peut suffire à leur faire appliquer le même régime, en dehors d'une stipulation expresse du législateur.

car, dit l'auteur : « le contrat de travail n'est pas une matière soustraite entièrement et par nature à l'arbitrage, mais seulement dans la mesure où elle touche à l'ordre public ».

Il semble bien que ce soit là la seule position logique. A partir du moment où la compétence exclusive ne fait pas obstacle à l'arbitrage, peu importe qu'elle s'assortisse de l'interdiction de clauses attributives de juridiction.



CHAPITRE II

LA NOTION D'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL ET L'ARBITRAGE

83. — L'interdiction formulée par les articles 1004 et 83 du Code de procédure civile a un caractère d'ordre public international (1), et les règles que nous avons dégagées s'appliquent donc aux sentences étrangères ; mais il ne s'ensuit pas, bien entendu, une identité de situation ; encore faut-il rechercher dans chaque cas, en raison de la dualité de la notion d'ordre public, si la règle qui met obstacle à l'arbitrage sur le plan interne est d'ordre public international. La doctrine en général attire l'attention sur la nécessité d'un tel examen (2).

Un auteur (3) a dénoncé la tendance de la jurisprudence « à considérer la sentence étrangère comme susceptible de heurter l'ordre public de son pays à partir du moment où, non seulement le résultat de la sentence, mais un des éléments quelconques de la procédure ou de l'argumentation de l'arbitre est déclaré incompatible avec l'ordre public du pays intéressé ».

Ce jugement nous paraît un peu sévère. Il nous faudra examiner dans quelle mesure il correspond à la réalité.

(1) En ce sens, Niboyet, note sous Paris 25 mars 1937, S. 1939, 2, 525, (l'arrêt refuse pour ce motif l'exequatur à une sentence statuant sur la garde des enfants du Prince de Monaco) ; Motulsky, note sous Paris 22 janv. 1954, J. C. P. 1955, II, 8566 ; note J. H. A., sous Orléans, 15 mai 1961, J. C. P. 1961, II, 12356.

(2) Voir par ex. : Mezger, « L'arbitrage commercial et l'ordre public », *Rev. tr. dr. com.*, 1948, p. 611 ; « La jurisprudence française relative aux sentences arbitrales étrangères et la doctrine de l'autonomie de la volonté en matière d'arbitrage international de droit international privé », *Mélanges Maury* 1960, T. I, p. 277, note 6 ; note sous Paris, 22 janv. 1954, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1955, p. 165 ; sous Tr. fédéral Suisse, 12 janv. 1958, *Rev. crit. dr. intr. pr.*, 1959, p. 324 ; Motulsky, « L'évolution récente en matière d'arbitrage international », *Rev. arb.*, 1959, p. 3 ; note préc. sous Paris 22 janv. 1954 ; *Concl. Desangles*, sous Paris 22 janv. 1957, J. C. P. 1957, II, 10165, et note Motulsky, *ibidem* ; Franceskakis, *Rep. proc. civ.*, V^e Jugement étranger, n^o 156 ; Carabihier, « L'arbitrage international et la réserve de l'ordre public », *Rev. arb.*, 1956, pp. 118-123 ; note B. G. sous Paris, 10 avril 1957, *Clunet* 1958, p. 1002.

(3) Kopelmanas, « Quelques problèmes récents de l'arbitrage commercial international », *Rev. tr. dr. com.*, 1957, p. 879, p. 898.

Les tribunaux se sont montrés au contraire parfaitement conscients des exigences du commerce international, lorsqu'ils se sont trouvés saisis du problème de l'incapacité de l'Etat pour compromettre. La solution mérite, croyons-nous, une étude particulière.

C'est pourquoi nous analyserons successivement :

Section I — La jurisprudence et le respect de la notion d'ordre public international.

Section II — La notion d'ordre public international et l'incapacité de l'Etat pour compromettre.

SECTION I

LA JURISPRUDENCE ET LE RESPECT DE LA NOTION D'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL

84. — Le reproche que nous avons rapporté ne semble pas très mérité, en ce qui concerne la jurisprudence française. Au niveau de la sentence, celle-ci exclut le pouvoir de révision et admet l'absence de motivation qui constitue pourtant au premier chef une infraction à l'ordre public en droit interne. Au niveau de la convention arbitrale, elle passe sur certaines exigences d'ordre public en droit interne. La nécessité d'un compromis, sanctionnée par l'article 1028 alinéa 3 du Code de procédure civile disparaît sur le plan du droit international, « s'il s'agit d'une allégation inconnue du droit étranger » (4).

On souligne encore que, si la clause compromissoire est interdite en France, hors les cas prévus par la loi du 31 décembre 1925, la jurisprudence a toujours admis sa validité en matière internationale (5). Il est vrai, que depuis longtemps l'interdiction n'est pas considérée sur le plan interne, comme d'ordre public (6).

(4) Tr. gr. inst. Seine 23 fév. 1961, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1962, p. 525, note Mezger.

(5) Civ. 8 janv. 1913, D. P. 1920, 1, p. 53 ; Req. 8 déc. 1914, D. P. 1916, 1, p. 84 ; Clunet 1916, p. 1218 ; 8 déc. 1924, D. H. 1924, p. 81 ; Civ. 19 fév. 1930 et 17 janv. 1931, S. 1933, 1, p. 41, note Niboyet ; Req. 20 avril 1931, S. 1931, 1, p. 245 ; Civ. 31 mai 1932, D. 1933, 1, p. 169 ; Req. 4 juin 1934, D. H. 1934, p. 361 ; Paris, 22 janv. 1954, J. C. P. 1955, II, 8 566, note Motulsky ; Paris, 22 janv. 1957, concl. Desangles, J. C. P. 1957, II, 10 165, note Motulsky ; Paris 10 avril 1957, J. C. P. 1957, II, 10 078, note Motulsky ; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, p. 120, note Loussouarn ; *Rev. arb.* 1957, p. 16 ; *Rev. tr. dr. com.*, 1957, p. 372, obs. Boitard, p. 775, obs. Loussouarn ; Clunet 1958, p. 1002, note Goldman ; Tr. gr. inst. Seine (référés) 20 fév. 1961, Clunet 1961, p. 1128, note B. G. ; Paris, 21 fév. 1961, *Rev. arb.*, 1961, p. 18 ; Hamel « La clause compromissoire dans les rapports de commerce international », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1923, p. 721.

(6) Req. 3 janv. 1844, S. 1844, 1, p. 337 ; 20 avril 1931, S. 1931, 1, p. 245.

85. — Devant le refus de la Cour de cassation d'admettre que les arbitres soient juges de leur investiture (7), bien que cette question soit très controversée, certains auteurs ont affirmé que cette limitation ne devait pas être en tout cas d'ordre international (8). D'ailleurs le Congrès de l'arbitrage international tenu le 11 mai 1961 a émis un vœu en ce sens (9), et la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international, du 21 avril 1961, prévoit que les arbitres doivent pouvoir statuer sur leur compétence (10).

De même l'indépendance de la clause compromissoire par rapport au contrat a paru désirable surtout en matière internationale (11), ce qui faisait dire à M. Mezger que le lien qui les unissait n'était peut-être pas d'ordre public interne, et très probablement pas d'ordre international (12). La Cour de cassation, le 7 mai 1963 (13) a proclamé « la complète autonomie juridique de la clause compromissoire » en matière internationale (14).

En fait, la jurisprudence se montre soucieuse d'assurer la vitalité de l'arbitrage international, et nous croyons que M. le Professeur Goldman lui rend un hommage mérité, lorsqu'il souligne, commentant l'arrêt rendu par la Cour de Paris, le 10 avril 1957 « la prise de conscience progressive de l'ordre public international dans lequel le respect des engagements contractuels demeure ou devrait demeurer, à l'abri des aménagements qu'il comporte dans les législations nationales » (15).

86. — Il est vrai que les Tribunaux ne peuvent méconnaître la dualité de la notion d'ordre public, sans entraîner la paralysie totale de l'arbitrage, d'autant que, comme le remarque M. Carabiber, les plaideurs qui se plaignent d'une violation de l'ordre public « ne le font pas toujours avec une bonne foi incontestable » (16). Et l'auteur relève que, dans de nombreux arrêts, la nullité de la clause contraire à l'ordre public, parce que stipulant un prix en devises étrangères, est invoquée précisément par la partie responsable de cette nullité qui avait laissé son co-con-

(7) Voir *infra*, n^{os} 325 et ss.

(8) Concl. Desangles, sous Paris 22 janv. 1957, J. C. P. 1957, II, 10 165 ; Motulsky, note sous l'arrêt, *ibidem* ; Klein, « La Convention européenne sur l'arbitrage commercial international », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1962, p. 621.

(9) Travaux du Congrès international de l'arbitrage, *Rev. arb.*, 1961, p. 73.

(10) Voir *infra*, n^o 183.

(11) Klein, rap. préc., *Rev. arb.*, 1961, p. 49 ; note anonyme sous Cass. 28 janv. 1958, *Rev. arb.* 1958, p. 18.

(12) Mezger, note sous Orléans, 15 mai 1961, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1961, p. 779.

(13) Civ. 7 mai 1963, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1963, p. 615, note Motulsky ; D. 1963, p. 545, note Robert ; J. C. P. 1963, II, 13 405, note Goldman ; *Rev. tr. dr. civ.*, 1963, p. 780, obs. Hébraud ; *Rev. arb.*, 1963, p. 60 ; Clunet 1964, p. 82, note Bredin.

(14) Voir *infra*, n^{os} 147 et ss. ; 351 et ss.

(15) Goldman, note sous Paris 10 avril 1957, Clunet 1958, p. 1 002.

(16) Carabiber, « L'arbitrage international et la réserve de l'ordre public », *Rev. arb.*, 1958, p. 188, p. 122 ; voir également, « L'évolution de la jurisprudence en matière d'exécution des jugements étrangers et des sentences arbitrales étrangères et internationales », *Rev. arb.*, 1961, pp. 168, 174.

tractant dans l'ignorance de l'inefficacité qui allait frapper la convention (17).

En fait, la jurisprudence a fait la distinction, en déclarant l'ordre public international non intéressé en l'espèce. Un auteur le lui reproche (18), car « une mesure relative à l'exportation ou à l'importation ou au transfert des fonds, si elle implique réellement des sanctions d'ordre public sur le plan civil, est par la nature des choses d'ordre public international ».

Ce point de vue ne tient pas compte de la réglementation particulière de l'Office National d'Importation des Céréales (O.N.I.C.) qui, comme on l'a souligné (19), se contente de contingenter les exportations, en laissant les commerçants libres d'organiser la revente. Les Tribunaux en suivant le même critère que celui qui leur permet de déterminer en droit interne s'il y a violation de l'ordre public, pouvaient donc parfaitement déclarer que les lois impératives qui réglementent la matière ne mettent pas obstacle à l'arbitrage. L'arrêt rendu le 22 janvier 1954 (20) fut critiqué pour n'avoir pas suffisamment tenu compte de la dualité de la notion d'ordre public (21) ; en réalité, il n'est pas très révélateur de la position de la Cour, car il reconnaît la sentence valable au regard de l'ordre public unitaire qu'il envisage.

87. — Les Conventions internationales se sont occupées du problème. La Convention de Genève du 26 septembre 1927 prévoyait formellement, dans son article 1, alinéa 1 b, que l'objet devait être susceptible d'arbitrage d'après la loi du pays où la sentence serait invoquée ; la théorie ingénieuse qui veut que, par loi du pays, on entende l'ensemble du droit international privé aussi bien qu'interne (22), n'est généralement pas admise (23) ; il s'ensuit une limitation sérieuse à la reconnaissance de la sentence étrangère.

Les conventions de New-York du 10 juin 1958 et de Genève du 21 avril 1961, n'ont pas marqué un progrès sensible sur ce point, car l'une et l'autre donnent latitude au juge saisi de ne pas reconnaître la convention arbitrale, si l'objet du différend n'est pas susceptible d'arbitrage. Les Conventions internationales se trouvent ainsi en retrait sur la jurisprudence française.

(17) C'est notamment ce qui s'est produit dans les arrêts de la Cour de Paris des 22 janv. 1954, 9 fév. 1954, 24 nov. 1955, 15 juin 1956, préc.

(18) Mezger, note préc. sous Orléans, 15 mai 1961.

(19) Voir par ex. note J. H. A., sous Orléans, 15 mai 1961, J. C. P. 1961, II, 12 356 ; l'arrêt se livre à la même analyse.

(20) Paris 22 janv. 1954, préc.

(21) Motulsky, note sous l'arrêt, J. C. P. 1955, II, 8 566 ; Franceskakakis, Rep. proc. civ., V° *Jugement Etranger*, n° 156.

(22) J. H. A., note préc.

(23) Voir par ex. Motulsky, note préc. sous Paris, 22 janv. 1954.

SECTION II

*LA NOTION D'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL
ET L'INCAPACITE DE L'ETAT POUR COMPROMETTRE*

88. — L'arbitrage est un acte interdit à l'Etat, toujours en vertu de la combinaison des articles 1004 et 83 du Code de procédure civile, puisque l'article 83 indique comme causes communicables au Ministère public celles qui concernent « l'Etat, les communes, les Etablissements publics ». Une exception célèbre à ce principe semble confirmer la règle : l'article 69 de la loi du 19 avril 1906 autorise l'Etat, les départements et les communes à recourir à l'arbitrage (sous forme de compromis mais non de clause compromissoire), pour régler les litiges relatifs à leurs marchés de fourniture ou à leurs contrats de travaux publics, et à condition d'être munis d'une autorisation gouvernementale.

La jurisprudence a affirmé cependant l'aptitude de l'Etat à compromettre sur le plan international, considérant son incapacité comme étant seulement une règle d'ordre public interne. Cette position a entraîné les réactions extrêmement favorables d'une grande partie de la doctrine, convaincue de la nécessité d'ouvrir l'arbitrage à l'Etat, qui se conduit de plus en plus comme un simple particulier ; mais sur le plan de l'argumentation juridique, elle a suscité de nombreuses réserves.

Nous examinerons donc la solution jurisprudentielle (§ 1), puis nous nous demanderons si la justification doit être cherchée en droit interne (§ 2) ou si elle ne réside pas réellement dans les règles du droit international (§ 3).

§ 1 — La solution jurisprudentielle,

§ 2 — Le problème de la capacité de l'Etat en droit interne,

§ 3 — Justification de la solution jurisprudentielle sur le plan du droit international.

§ 1. — *La solution jurisprudentielle.*

89. — La Cour de Paris, le 10 avril 1957 (24) a posé en principe que l'Etat avait la capacité de compromettre en droit international privé, et elle l'a réaffirmé, en des termes presque identiques, le 21 février 1961 (25).

(24) Paris, 10 avril 1957, J. C. P. 1957, II, 10 078, note Motulsky ; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, p. 120, note Loussouarn ; *Rev. tr. dr. civ.*, 1958, p. 665, obs. Hébraud ; *Rev. tr. dr. com.* 1957, p. 372, obs. Boitard ; p. 775, obs. Loussouarn ; *Clunet* 1958, p. 1002, note Goldman ; *Rev. arb.*, 1957, pp. 16 et 31.

(25) Paris, 21 fév. 1961, *Rev. arb.*, 1961, p. 18.

Sa doctrine fut suivie par la Cour d'Aix, dans un arrêt du 5 mai 1959 (26).

Les deux décisions de la Cour de Paris furent rendues à l'occasion de litiges dont le point de départ était le même, et qu'il n'est pas inutile de rappeler. En janvier 1940, devant l'insuffisance des ressources nationales, le Gouvernement français avait signé à Londres, avec la Commission grecque de coopération maritime, un accord prévoyant la mise à la disposition des Gouvernements français et anglais de soixante bateaux d'un tonnage d'environ 500 000 tonnes de portée en lourd, les navires devant être affrétés par la voie du marché ordinaire. En application de cet accord, de nombreuses chartes-parties, des centaines, dit-on (27), furent signées, qui comportaient une clause compromissoire ; le Ministre français s'était d'ailleurs, plus d'une fois, soumis à la procédure arbitrale.

Dans l'affaire *Myrtoon Steamship*, soumise à la Cour de Paris le 10 avril 1957, les difficultés provenaient de ce que le navire litigieux était resté aux mains de la marine marchande après l'expiration du contrat d'affrètement ; il fut d'ailleurs perdu deux ans plus tard. Le fret était demeuré impayé du 20 septembre 1940 jusqu'à la fin de la période contractuelle : les armateurs, en application de la clause compromissoire prévoyant un arbitrage à Londres, saisirent leur arbitre qui, devant le refus de l'Etat français de désigner le sien, rendit sa sentence. L'Etat fit alors opposition à l'ordonnance d'exequatur, et la Cour fut saisie de l'appel.

L'affaire *Galakis*, dont elle connut le 21 février 1961, est à peu de chose près identique : la mission des transports, émanation du Ministère de la Marine marchande, dénonça le 27 juin 1940, le contrat d'affrètement ; l'armateur mit en œuvre la procédure arbitrale. La différence notable avec l'affaire *Myrtoon Steamship* tient à ce que le Ministère français avait d'abord accepté de soumettre le litige à un arbitre anglais désigné d'un commun accord ; celui-ci, nommé entre-temps à une charge de magistrature, ne put exercer sa mission et l'Etat, au lieu de procéder à son remplacement, souleva alors l'incapacité de compromettre.

Dans les deux espèces, l'Etat faisait valoir, d'abord son incapacité fondée sur les articles 1004 et 83 du Code de procédure civile, et ensuite le défaut de pouvoir du signataire de la charte-partie : le Préfet de la Seine avait donc élevé le conflit.

90. — En ce qui concerne le défaut de pouvoir, le Tribunal civil de la Seine, dans l'affaire *Myrtoon Steamship*, avait renvoyé les parties à se pourvoir devant la juridiction administrative pour apprécier si le signataire de la charte-partie du 29 février 1940 avait qualité pour compromettre au nom de l'Etat français et si les formalités prévues par l'article 69 de la loi du 19 avril 1906 avaient été régulièrement accomplies. La Cour, le 10 avril 1947, se croit habilitée à statuer sur ce prétendu

(26) Aix, 5 mai 1959, *Rev. arb.*, 1960, p. 28 ; *Rev. tr. dr. com.*, 1959, p. 875 ; Clunet 1960, p. 1076.

(27) « Remarques sur un arrêt » Editorial, *Rev. arb.*, 1958, n. 25.

défaut de pouvoir, car d'après elle il n'y avait pas à interpréter ou apprécier la légalité d'un acte administratif :

— d'une part, elle souligne que la validité des nombreuses chartes-parties conclues en exécution de l'accord de janvier 1940 n'avait jamais été contestée par l'Etat, qui, à aucun moment, n'avait relevé l'absence de pouvoir de ses signataires.

— d'autre part, la Cour constate que « l'article 69 de la loi du 17 avril 1906 ne subordonne la validité du compromis à l'octroi de pouvoirs spéciaux que dans les cas qu'il a prévus ; que cette disposition spéciale au droit interne et à des marchés administratifs est inapplicable aux contrats privés de droit international soumis à une loi étrangère ».

La Cour de Paris s'est vue désavouée sur ce point par le Tribunal des conflits ; celui-ci, le 19 mai 1958 (28), déclara que la question de savoir si le signataire de la charte-partie « avait ou non le pouvoir d'accepter qu'y fût insérée la clause compromissaire litigieuse est une question de compétence d'un agent d'un service public administratif qui, par sa nature, relève de la juridiction administrative ».

91. — Cette décision a choqué bon nombre de commentateurs, qui la considère comme un entérinement de l'attitude de l'Etat : celui-ci, avec une mauvaise foi manifeste, s'est avisé du défaut de pouvoir de ses représentants dix-huit ans seulement après la conclusion du contrat (29).

Le 21 février 1961, la Cour s'incline devant la jurisprudence du Tribunal des conflits ; non sans regret, elle fait droit au déclinatoire de compétence du Préfet de la Seine, « bien qu'il paraisse n'être pas contestable, ni d'ailleurs contesté, que l'Etat avait au début accepté de se soumettre à l'arbitrage prévu par la charte-partie, sans opposer aucune difficulté du point de vue des pouvoirs de son représentant officiellement accrédité, signataire de l'acte, et qu'il n'a pareillement pas élevé de discussion à ce sujet pour d'autres chartes-parties établies dans des termes et en des conditions semblables ».

92. — L'Etat, pour se soustraire à l'arbitrage, invoquait en outre l'interdiction qui lui est faite de compromettre.

La Cour de Paris considère la prohibition comme limitée aux contrats d'ordre interne, sans application aux conventions internationales. Le 10 avril 1957, elle fonde son raisonnement sur les points suivants :

— L'interdiction édictée par les articles 1004 et 83 du Code de procédure civile a pour seul fondement la protection spéciale dont les collectivités publiques bénéficient auprès des juridictions françaises.

— L'Etat peut valablement renoncer à l'immunité de juridiction devant les juridictions étrangères, et ce faisant, il abandonne la protection que constitue la présence du Ministère public français : cette protection n'est donc pas d'ordre public international.

(28) Tr. conflits 19 mai 1958, *Rev. arb.*, 1958, p. 49 ; D. 1958, p. 699, note Robert.

(29) Editorial préc., *Rev. arb.*, 1958, p. 35.

— La solution préconisée par la Cour préserve davantage les intérêts de l'Etat dans les relations internationales, qui souffriraient de voir celui-ci « défendre à ses représentants d'accepter un mode de règlement de ses différends, conforme aux usages du commerce international, alors que son refus entraînerait souvent la rupture des pourparlers engagés ».

93. — Ce raisonnement s'applique uniquement aux contrats qui présentent les caractères d'une convention de droit privé. Ils sont alors assimilables aux contrats passés entre particuliers, et la présence de l'Etat n'a pas pour conséquence l'adoption nécessaire de la loi française. La Cour de cassation est formelle sur ce point (30). C'est pourquoi la Cour de Paris relève soigneusement que le contrat litigieux présente toutes les caractéristiques d'un contrat de droit privé (31) soumis à la loi anglaise, qui reconnaît la validité de la clause compromissoire.

Le Tribunal des conflits admit la compétence de l'autorité judiciaire pour apprécier la validité de la clause compromissoire qui figure dans un contrat passé par l'Etat français, lorsque celui-ci présente, comme en l'espèce, le caractère d'un contrat de droit privé. Aussi les arguments proposés par l'arrêt du 10 avril 1957 furent-ils repris par la Cour d'Aix, le 5 mai 1959, et par la Cour de Paris, le 21 février 1961.

94. — Cette attitude fut accueillie très favorablement par la majorité de la doctrine, choquée par la mauvaise foi évidente de l'Etat (32).

Cependant, nombre d'auteurs trouvent que le raisonnement n'est pas sans faille (33) ; car le problème ne se posait pas, en réalité, sur le plan de la licéité de la clause compromissoire, mais sur le plan de la possibilité pour l'Etat de s'engager par une telle clause. La seule loi applicable en la matière n'est pas alors la loi du contrat, mais la loi personnelle, car les règles de capacité relèvent « uniquement, totalement, exclusivement de la loi personnelle », comme l'affirme M. le Doyen Vedel (34) ; pour cet auteur, puisque la limitation de compétence est de nature législative, seule la loi, ou une convention internationale sous-

(30) Civ. 31 mai 1932, D. P. 1933, 1, p. 169, note Crémieu ; S. 1933, 1, p. 17.

(31) La jurisprudence ne fait aucune difficulté pour admettre que la charte-partie conclue par l'Etat avec un armateur français est un contrat de droit commun : Com. 19 juin 1951, J. C. P. 1951, II, 6 426, note Becqué ; D. 1951, p. 717, note Ripert ; S. 1952, I, p. 89, note Nerson ; 22 janv. 1952, J. C. P. 1952, II, 6 829, note Blaevoet ; C. E. 10 juil. 1954, G. P. 1954, 2, p. 257 ; Civ. 16 mai 1962, J. C. P. 1963, II, 13 070, note de Juglart.

(32) Motulsky, note sous Paris, 10 avril 1957, J. C. P. 1957, II, 10 078 ; Robert, note sous Tr. confl. 19 mai 1958, D. 1958, p. 699 ; Carabiber, « L'arbitrage international de droit privé », 1960, p. 135 ; « L'évolution de l'arbitrage commercial international », Académie de droit international, *Recueil des Cours* 1960, p. 141, pp. 170 et ss. ; Travaux de la quatrième commission du Congrès international de l'arbitrage, du 11 mai 1961, *Rev. arb.*, 1961, p. 141.

(33) Motulsky, note préc. ; Loussouarn, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, p. 120 ; Vedel, « Le problème de l'arbitrage entre gouvernements ou personnes de droit public et personnes de droit privé ». Rapport au Congrès International de l'arbitrage, *Rev. arb.*, 1961, pp. 117, 124.

(34) Vedel, *ibidem*.

crite en bonne et due forme, pourrait lever l'incapacité de l'Etat. Le 29 juin 1959, le Tribunal civil de la Seine (35) — dont le jugement sur ce point fut réformé par l'arrêt de la Cour de Paris du 21 février 1961 — et, le 19 avril 1955, le Tribunal civil de Marseille, dans l'affaire soumise à la Cour d'Aix le 5 mai 1959, avaient fait application de la règle et déclaré la nullité de la clause compromissoire, l'Etat n'ayant pas, d'après sa loi interne, capacité pour compromettre.

La Cour de cassation, le 14 avril 1964 (36), saisie d'une espèce où l'Office National Interprofessionnel des Céréales (O.N.I.C.) avait assigné le capitaine d'un navire pour avaries subies par la cargaison de ce dernier, a admis que le capitaine du navire avait à bon droit soulevé l'incompétence des juridictions officielles, le connaissance souscrit par l'O.N.I.C. contenant une clause compromissoire.

La Cour régulatrice, saisie pour la première fois du problème, se place uniquement sur le terrain du droit international ; pour elle, la prohibition résultant des articles 83 et 1004 du Code de Procédure civile n'est pas d'ordre public international, et l'Etablissement public peut, comme tout autre contractant, soumettre la convention de droit privé qu'il passe à une loi étrangère admettant la validité de la clause compromissoire, « lorsque ce contrat revêt le caractère d'un contrat international ». Au demeurant, l'interdiction de recourir à l'arbitrage ne soulève pas un problème de capacité au sens de l'article 3, alinéa 3 du Code Civil ; il s'agissait seulement de « savoir si cette prohibition générale, édictée pour des contrats internes, devait encore s'appliquer à un contrat international de droit privé passé pour les besoins et dans les conditions conformes aux usages du commerce maritime. »

Il semble bien en effet qu'il est difficile de justifier la capacité de l'Etat au regard de sa loi nationale.

§ 2. — *Le problème de la capacité de l'Etat en droit interne.*

95. — La prohibition édictée par les articles 83 et 1004 du Code de procédure civile est considérée comme aussi injustifiée, à l'heure actuelle, sur le plan du droit interne. On constate que l'Etat agit de plus en plus comme un simple particulier, et que les organismes publics ou semi-publics à caractère industriel et commercial, dont la principale activité est évidemment de faire du commerce, se sont multipliés. Si les « Sociétés » dont l'Etat est seul actionnaire, ou les « Etablissements commerciaux », distincts des Etablissements publics, se voient appliquer l'intégralité des règles du droit privé, et peuvent de ce chef se soumettre à l'arbitrage, le problème est bien moins simple en ce qui concerne les « Etablissements publics à caractère industriel et commercial ».

(35) Tr. civ. Seine 25 juin 1959, *Rev. arb.*, 1960, p. 30.

(36) Civ. 14 avril 1964, Bull. I, n° 188, p. 145 ; S. 1964, p. 93, note Plancqueel ; *Rev. arb.*, 1964, p. 82 ; D. 1964, J., p. 637, note Robert.

Un très fort mouvement doctrinal s'est prononcé pour la reconnaissance de leur capacité de compromettre (37).

96. — La raison d'être de la prohibition, exprimée par le Commissaire du gouvernement Romieu dans une formule devenue célèbre : « les ministres ne peuvent pas remettre aux mains des arbitres la solution d'une question litigieuse parce qu'ils ne peuvent pas se dérober aux juridictions établies » a, dit-on disparu aujourd'hui où les actes de l'Etat, lorsqu'ils sont de pur droit privé, ne sont pas justiciables des juridictions administratives, mais bien des juridictions judiciaires. De plus, la protection que constitue la présence du Ministère public n'existe plus lorsqu'il s'agit d'actes de commerce relevant de la compétence des Tribunaux consulaires (38).

Les articles 1004 et 83 du Code de procédure civile ne devraient pas s'appliquer en l'espèce, car ils ont été rédigés à une époque où la notion d'établissement public à caractère commercial était inconnue (39).

97. — A ces raisons logiques, on ajoute des arguments de texte beaucoup moins décisifs :

On fait valoir que l'article 631 du Code de commerce, modifié par la loi du 31 décembre 1925 qui admet la licéité de la clause compromissoire, en matière commerciale, a implicitement abrogé dans ce domaine les articles 1004 et 83 (40). La Cour de Paris, les 10 avril 1957 et 21 février 1961, déclare la question sans intérêt en droit international, puisqu'elle se fonde sur la licéité de la clause compromissoire. Mais le Tribunal de

(37) Durand, « Le règlement par voie de transaction et d'arbitrage des différends de droit privé intéressant les établissements publics de caractère industriel ou commercial », *Droit Social*, 1949, p. 325 ; L. Mazeaud et Vedel, « Electricité de France et Gaz de France ont-ils la capacité de compromettre », *Cahiers de documentation juridique d'E. D. F. et G. D. F.*, 1950, p. 224 ; Houin, « La gestion des entreprises publiques et les méthodes du droit commercial », *Archives de philosophie du Droit*, 1952, p. 79 ; Boulouis, *Jurisc. adm.*, Fasc. 159, n° 17 ; Lavau, note J. C. P. 1949, II, 4 729 ; J. M. Auby, « L'arbitrage en matière administrative », *Actualité juridique* 1955, I, 81 ; Landre, G. P. 1958, I, Doct., p. 21 « A propos du droit de compromettre des Etablissements publics » ; Borelle, « La clause compromissoire et les collectivités publiques », *Rev. prat. dr. adm.*, 1958, p. 91 ; Charlier, J. C. P. 1955, II, 1 220 ; Stillmunkès, « L'arbitrage en droit administratif », *thèse* Paris, 1960, pp. 46 et ss. ; Robert, *Traité*, n° 22 ; « L'arbitrage dans les marchés de l'Etat », *Rev. arb.*, 1960, p. 35 ; Carabiber, « L'arbitrage international et la réserve de l'ordre public », *Rev. arb.*, 1956, p. 118 ; « L'arbitrage international de droit privé, 1960, p. 136 ; « Nouvelles clartés sur l'arbitrage international », Le Comité, *Rev. arb.*, 1957, p. 38 ; Motulsky, « L'arbitrage commercial et les personnes de droit public », *Rev. arb.*, 1956, p. 38 ; « La capacité de compromettre des Etablissements publics à caractère commercial », *Rev. arb.*, 1958, p. 39 ; note sous Paris, 10 avril 1957, J. C. P. 1957, II, 10 078 ; sous C. E., 13 déc. 1957, J. C. P. 1958, II, 10 800 ; Contra : Mestre, « Arbitrage et Nationalisation », *Génie civil*, 1949, p. 348.

(38) En ce sens Motulsky, note préc. sous Paris, 10 avril 1957, art. préc. *Rev. arb.*, 1956, p. 42.

(39) Stillmunkès, *thèse* préc. p. 35 ; Borelle art. préc.

(40) L. Mazeaud et Vedel, art. préc. ; Stillmunkès, *thèse* préc., p. 52 ; Carabiber, *op. cit.* 1960, p. 135 ; art. préc., *Rev. arb.*, pp. 118-124 ; « Nouvelles clartés sur l'arbitrage international », Editorial, *Rev. arb.*, 1957, p. 42.

la Seine, le 25 juin 1959, examinant la capacité de l'Etat, souligne l'absence d'incompatibilité entre les deux textes, et déclare qu'« en permettant aux parties à un acte de commerce de se soumettre à l'avance par contrat à la juridiction arbitrale, ladite loi n'a pas dérogé à la règle antérieure et générale quant à la qualité et à la capacité requises pour compromettre ». Il semble bien, en effet, que l'incompatibilité absolue qui serait nécessaire pour une abrogation tacite n'existe pas en l'espèce (41).

On avait également tenté de trouver une limitation à l'incapacité de l'Etat dans l'article 69 de la loi du 21 avril 1906, qui écarte l'interdiction dans certains cas ; mais en réalité, l'argument est bien faible, car il ne peut s'agir que d'une exception à la règle ou de cas réglés de façon particulière. Certaines lois ont, en effet, prévu expressément la possibilité d'un arbitrage, telle la loi du 8 avril 1946 sur la nationalisation du Gaz et de l'Electricité de France, ou la loi du 11 mai 1946, sur la Société Nationale des Entreprises de Presse. On ne peut en tirer des conclusions valables, car il s'agit bien souvent d'expertise ou de conciliation, et non d'un véritable arbitrage.

Ces arguments de textes sont d'ailleurs surabondants. L'absence des raisons mêmes de la prohibition, devait suffire, aux yeux de la doctrine, à justifier la capacité de l'Etat, lorsqu'il agit comme un simple particulier.

98. — Ce n'est pas ainsi que l'a entendu le Conseil d'Etat, qui, le 13 décembre 1957 (42), a rendu un arrêt de principe contraire à cette thèse. L'Etat avait encore eu une attitude assez peu élégante ; la Société Nationale de Vente des Surplus (S. N. V. S.) avait vendu un lot de tubes de pipe-line à la Compagnie Générale de Transits et de Transports (C. G. T. T.). A la suite de difficultés survenues au moment de l'exécution du contrat, les deux parties saisirent le Tribunal de la Seine. Sans attendre son jugement, la S. N. V. S. revendit le lot à une société américaine, mais la C. G. T. T. le fit bloquer dans le port d'Anvers, et l'acheteur se retourna contre la S. N. V. S. Celle-ci accepta alors la proposition de de la C. G. T. T. de se soumettre à l'arbitrage. Mais, ayant été condamnée par la sentence, elle s'avisa assez soudainement qu'elle était un établissement public, et que le décret du 15 octobre 1946 l'autorisant à compromettre devait être illégal. La Cour de Paris, saisie de l'appel de l'opposition à ordonnance d'exequatur, ne put apprécier la validité du décret, car il s'agissait d'une question préjudicielle.

Le Conseil d'Etat, conformément aux conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Gazier, déclara le décret illégal, car « en vertu des articles 83 et 1004 du Code de procédure civile et sauf lorsqu'une disposition législative les y autorise spécialement, les Etablissements publics ne peuvent compromettre ».

(41) En ce sens, Motulsky, note préc., sous Paris, 10 avril 1957.

(42) C. E. 13 déc. 1957, « Société Nationale de Vente des Surplus », concl. Gazier, *Droit social* 1958, p. 90 ; J. C. P. 1958, II, 10 800, note Motulsky ; D. 1957, p. 517, note L'Huillier ; *Rev. arb.*, 1958, p. 39 ; *Rev. tr. dr. com.*, 1958, p. 333, obs. Boitard ; p. 335, obs. de Laubadère.

99. — Cette décision fut mal accueillie par la doctrine. On lui reprochait surtout (43) d'invoquer les articles 1004 et 83, qui, de l'aveu même du Commissaire du gouvernement, ne sont guère « qu'une façade législative à un de ces principes généraux du droit qu'il n'était autrefois guère d'usage d'invoquer sans les rattacher, fût-ce au prix de quelques artifices, à des dispositions législatives expresses ».

C'est donc pour la Haute juridiction administrative un principe général du droit que l'incapacité pour l'Etat de compromettre. La solution est rigoureuse. Les auteurs les plus réticents à l'admission sans limites de l'arbitrage en ce qui concerne les Etablissements publics, qui ne sont « jamais pleinement maîtres des intérêts qu'on leur a confiés (44) » reconnaissent sa nécessité, et désirent seulement le voir entouré de précautions particulières, telles que l'approbation du Ministre chargé du contrôle de l'entreprise pour la passation d'une clause compromissoire, l'exclusion de la clause d'amiable composition et un droit de récusation contre l'arbitre choisi par la partie adverse (45).

Ce n'est en tout cas pas en droit positif interne qu'il faut chercher la justification de la validité de la convention arbitrale passée par l'Etat en droit international.

§ 3. — *Justification de la solution jurisprudentielle sur le plan du droit international.*

100. — L'application de la loi qui régit la capacité de l'Etat devant conduire à la nullité de la clause compromissoire souscrite par lui, même dans une convention internationale, on a cherché ailleurs une justification de la position inaugurée par l'arrêt du 10 avril 1957. Un auteur (46) pense que la solution pourrait être trouvée dans l'application de la théorie de « l'ignorance excusable », inaugurée par le célèbre arrêt Lizardi (47), où la Cour a écarté l'application de la loi nationale parce que le contractant ignorait, de bonne foi et sans légèreté, que la loi nationale de son co-contractant mexicain fixait la majorité à vingt-cinq ans.

Il est évident qu'en l'espèce soumise à la Cour de Paris, les co-contractants de l'Etat pouvaient, de bonne foi et sans légèreté, ignorer son incapacité. D'une part, ainsi que l'a relevé la Cour, de nombreux contrats du même type avaient été passés sans que l'Etat songeât à se prévaloir de son incapacité ; d'autre part, celle-ci constitue une particularité du droit français, inconnue dans de nombreux pays (48).

(43) Motulsky, note sous l'arrêt, J. C. P. 1958, II, 10 800 ; art. préc., *Rev. arb.* 1958, p. 42 ; dans le même sens, Robert, note préc. sous Tr. confl. 19 mai 1958.

(44) Vedel, rapport préc., *Rev. arb.*, 1961, p. 121.

(45) Vedel, *ibidem*.

(46) Motulsky, note préc., sous l'arrêt.

(47) Cass. 16 janv. 1861, S. 1861, p. 305 ; D. 1861, I, p. 193 ; Batiffol, *Traité*, n° 424 ; Niboyet, T. V., n° 1 538.

(48) Travaux de la 4^e commission du Congrès international de l'arbitrage, *Rev. arb.*, 1961, p. 134 ; « L'Arbitrage international commercial », Publication de l'Union internationale des Avocats, T. I, p. 38 (Allemagne) ; p. 328 (Italie) ; p. 388 (Pays-Bas).

Cette suggestion a été souvent reprise (49) ; cependant, comme on l'a remarqué (50), il faudrait encore, pour alléguer la jurisprudence de l'arrêt Lizardi, que la réciproque fût admise, ce qui, à l'heure actuelle, n'est pas établi.

101. — Certains auteurs ont tenté une analyse plus serrée de l'argumentation de la Cour de Paris. Nous croyons, pour notre part, que c'est dans cette voie qu'il convient de chercher la justification de la possibilité pour l'Etat de compromettre en droit international.

On a admis (51) « sans difficulté » qu'elle procède de la « notion sous-jacente d'une norme française applicable dans les relations internationales ».

Selon M. le Professeur Goldman (52), « l'inaptitude » de l'Etat est justifiée par deux motifs : — d'une part, en droit interne, il ne peut renoncer à la protection des Tribunaux ordinaires. Pour l'auteur, il s'agit là d'une règle de procédure plutôt que d'une règle de capacité, et le droit français permet d'accepter la compétence de la juridiction étrangère devant laquelle l'Etat ne bénéficiera pas de la communication au Ministère public ; on voit mal pourquoi il ne pourrait s'en dispenser en se soumettant à l'arbitrage.

— D'autre part, la possibilité de renoncer à la protection des articles 1004 et 83 du Code de procédure civile n'existe que dans les relations internationales, car ce sont les seules où l'Etat puisse être attiré devant les juridictions étrangères ; on s'aperçoit à nouveau de l'existence d'un ordre juridique supranational.

La Cour de Paris a d'ailleurs utilisé l'immunité de juridiction pour fortifier sa position. Mais, comme on l'a souligné (53), « c'est par une confusion que, dans l'argumentation juridique, on mêle le problème de la capacité de compromettre et le problème de l'immunité de juridiction, qui ont une nature et un fondement différents ». Il est vrai que l'immunité de juridiction reste entre les mains des autorités gouvernementales ou administratives, tandis que la capacité est réglée par la loi.

102. — Cependant, l'idée de M. Goldman, suivant laquelle il existe un ordre juridique supranational, nous paraît être la seule qui permette de justifier la discrimination entre la capacité de l'Etat en droit interne, et sa capacité en droit international.

Dans la même ligne de pensée, un auteur (54) note que « l'incapacité de l'Etat a son principal domaine d'application dans les rapports

(49) Travaux de la 4^e commission du Congrès international de l'arbitrage, *Rev. arb.*, 1961, obs. Constantinovic, p. 138 ; obs. Carabiber, p. 140 ; Goldman, note sous Paris 10 avril 1957, *Clunet* 1958, p. 1002 ; Carabiber, *op. cit.*, 1960, p. 137 ; note anonyme sous Tr. civ. Seine, 25 juin 1959, p. 34.

(50) Loussouarn, obs. *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, p. 120.

(51) Motulsky, « L'internationalisation du droit français de l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1963, p. 115.

(52) Goldman, note préc. sous Paris, 10 avril 1957.

(53) Vedel, rapport préc., *Rev. arb.*, 1961, p. 127.

(54) Mezger, note préc. sous Orléans, 15 mai 1961, p. 802.

purement internes ; le commerce international étant habituellement en dehors de l'activité de l'Etat, le juge peut considérer que cette hypothèse exceptionnelle ne rentre pas dans les précisions du texte », ce qui redonnerait la priorité à la loi étrangère régissant la convention arbitrale.

C'est cette explication de l'attitude de la Cour de Paris que donne M. le Doyen Vedel (55), d'une façon encore plus précise. D'après lui, ou bien la Cour de Paris veut dire qu'il existe un principe de droit international permettant à l'Etat d'être engagé conventionnellement, contrairement aux règles de compétence édictées par son droit interne, et c'est là une erreur, ou bien elle veut dire « que les articles 1004 et 83 du Code de procédure civile n'édictent qu'une prohibition limitée, inapplicable en vertu de la volonté même du législateur français ».

Il semble bien que ce soit là l'explication la plus adéquate, et les travaux récents paraissent l'adopter (56).

Pour l'auteur, cette interprétation du droit interne ne se heurte à aucune objection théorique, mais elle demeure assez contestable car elle ne trouve pas de fondement dans les textes en question : C'est en tout cas l'attitude adoptée par l'arrêt du 14 avril 1964, fort heureusement à notre sens.

103. — Nous croyons en effet la discrimination possible. S'il est inhabituel de faire une distinction entre la capacité en droit interne et la capacité en droit international, puisque la loi applicable est uniquement la loi personnelle, il faut remarquer que les articles 1004 et 83 du Code de procédure civile, pris à la lettre, n'édictent pas une véritable incapacité, mais bien plutôt l'impossibilité de compromettre sur les causes concernant l'Etat, les communes, les établissements publics (57). Sans doute, sur le plan pratique, cela revient au même. Mais l'objection faite par M. Vedel disparaît. L'objet de l'arbitrage étant une cause concernant l'Etat, il est parfaitement dans la ligne de la discrimination imposée par la dualité de la notion de l'ordre public, d'admettre que si l'ordre public interne interdit sa soumission à l'arbitrage, l'ordre public international ne l'exige pas. La solution préconisée par la Cour de Paris et adoptée par la Cour de Cassation, qui rejette expressément la notion de capacité, paraît, de ce chef, parfaitement justifiée sur le plan technique.

Elle correspond d'ailleurs à une véritable nécessité, car seule elle représente la sauvegarde des intérêts bien compris de l'Etat.

104. — La Convention de New York, du 10 juin 1958, avait évité de prendre parti sur la question ; mais la Convention de Genève du 21 avril 1961 stipule, dans son article 2, que les personnes morales de droit public ont la faculté de conclure valablement des conventions d'arbitrage ;

(55) Vedel, *ibidem*.

(56) Fouchard, « L'arbitrage commercial international », thèse Dijon, 1963, n° 175 ; Kahn, « La vente commerciale internationale », 1961, p. 299.

(57) En ce sens, obs. Minoli, avec l'approbation de M. Vedel, Travaux de la 4^e commission du Congrès international de l'arbitrage, *Rev. arb.* 1961, préc., p. 139.

on peut cependant craindre (58) que cette concession ne soit illusoire, car l'alinéa 2 dudit article permet aux Etats de limiter cette faculté lors de la ratification de la Convention ou au moment d'y adhérer. Le Congrès international de l'arbitrage, du 11 mai 1961 (59), a d'ailleurs émis le vœu que cette limitation soit supprimée. En l'état actuel, on peut constater, encore une fois, que la jurisprudence française est, paradoxalement, en avance sur les Conventions internationales.

(58) En ce sens Klein, « La Convention européenne sur l'arbitrage commercial international », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1962, p. 621 ; Sanders, Travaux de la 4^e commission du Congrès international de l'arbitrage, *Rev. arb.*, 1961, préc., p. 134.

(59) Congrès international de l'arbitrage, *Rev. arb.* 1961, p. 144.

TITRE II

LA SENTENCE ETRANGERE ET LE DROIT APPLICABLE

105. — La formule de Bartin (1), suivant laquelle il n'y a pas plus de sentences étrangères qu'il n'y a de contrats étrangers, résume parfaitement l'attitude adoptée par la Cour de cassation depuis l'arrêt *Roses* du 27 juillet 1937 (2) où elle posa en principe que « les sentences arbitrales qui ont pour base un compromis font corps avec lui et participent de son caractère conventionnel ».

Cette théorie, dite de « l'assimilation », puisque la sentence étrangère doit être traitée comme une sentence française, permet aujourd'hui encore à la jurisprudence de se montrer assez libérale dans l'octroi de l'exequatur aux sentences non françaises. Elle peut se justifier par le fait que le Code de procédure civile, à la différence de certaines législations plus récentes (3), n'envisage pas l'hypothèse d'un arbitrage qui ne serait pas national.

106. — Dans le domaine même où elle a été conçue, c'est-à-dire celui de l'exécution et de la reconnaissance des sentences étrangères, la doctrine de l'assimilation est loin de rendre compte des solutions en vigueur ; les pouvoirs du juge de l'exequatur sont essentiellement différents en face d'une sentence française ou étrangère (4) ; la notion d'ordre public n'est pas non plus identique (5).

Mais c'est principalement à l'occasion des recours contre la sentence étrangère que l'application pure et simple du régime existant pour les sentences françaises se révèle difficilement acceptable. L'arbitrage reste alors trop étroitement lié à un système juridictionnel pour permettre une unité de traitement. Un régime autonome, et en définitive fort dif-

(1) Bartin, *Principes de Droit international privé*, I, 1920, § 217.

(2) Req. 27 juil. 1937, D. 1938, I, p. 25 ; S. 1938, I, p. 25 ; G. P. 1937, 2, p. 618 ; J. C. P. 1937, II, p. 449 ; Clunet 1938, p. 86.

(3) Voir notamment les Codes de procédure allemand, § 1044, et italien, art. 800, et l'Arbitration Act, anglais de 1930, I, p. 2,

(4) Voir *infra*, n^{os} 471 et ss.

(5) Voir *supra*, n^{os} 32 et ss. ; 83 et ss.

fèrent aussi bien dans son esprit que dans sa mise en œuvre, a dû être instauré par notre jurisprudence, et l'évolution n'est certainement pas achevée (6).

Les problèmes particuliers, soulevés par l'existence de sentences non nationales, ont conduit de nombreux auteurs à dénoncer la théorie de l'assimilation et à souligner la nécessité de distinguer soigneusement l'arbitrage étranger de l'arbitrage national (7).

107. — Cependant, lorsqu'il s'agit de déterminer le droit applicable, la majorité de la doctrine actuelle approuve le point de départ du raisonnement de la Cour de cassation, c'est-à-dire l'identification du compromis et des actes qui en découlent à un contrat. Une fois de plus, la nature de l'institution, contrat ou juridiction, se trouve à la base du régime à adopter ; il y a même là, a-t-on dit (8), « une option fondamentale et inévitable ».

Il est vrai que le régime des contrats et celui des actes publics, principalement des jugements, sont très différents dans notre droit international privé, ainsi que dans celui de la plupart des pays (9). Les contrats sont admis beaucoup plus facilement que les jugements étrangers ; ces derniers constituent une sorte d'empiètement sur les pouvoirs publics de l'Etat. Tant que les relations internationales n'auront pas atteint un stade plus évolué, ils ne seront admis en France qu'après un contrôle minutieux et bien souvent paralysant (10), que la jurisprudence a voulu éviter en ramenant la sentence à son origine contractuelle.

108. — Mais le ralliement quasi unanime de la doctrine à la conception contractuelle de l'arbitrage s'explique par le fait que celle-ci permet de la faire bénéficier de l'application de la loi d'autonomie, principe de rattachement propre aux contrats (11). On peut ainsi éviter, dans une

(6) Voir *infra*, n° 426 et ss. ; 564 et ss.

(7) Par ex. : Batiffol, n° 747 ; Mezger, « La jurisprudence française relative aux sentences arbitrales étrangères et la doctrine de l'autonomie de la volonté en matière d'arbitrage international de droit privé », *Mélanges Maury*, T. I, 1960, pp. 271 et ss. ; note sous Paris, 22 janvier 1954, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1955, p. 165 ; Fragistas, « Arbitrage étranger et arbitrage international de droit privé », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1960, pp. 1 et ss. ; Bredin, note sous Aix, 25 fév. 1958, *Clunet* 1959, p. 1136 ; « La paralysie des sentences arbitrales étrangères par l'abus des voies de recours », *Clunet* 1962, pp. 638 et ss. ; p. 644.

(8) Holleaux, Compte rendu de « Considérations sur l'arbitrage en droit international privé », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1956, p. 178 ; Voir également Balladore-Palieri, « L'arbitrage privé dans les rapports internationaux », *Cours de l'Académie de droit international*, 1935, T. 51, p. 318 ; Klein, « Considérations sur l'arbitrage en droit international privé », 1955, p. 184 ; « Autonomie de la volonté et arbitrage », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, p. 257.

(9) Voir Klein, *op. cit.* 1955, pp. 184 et ss. : l'auteur montre que l'opposition existe à peu près partout, sauf chez les juristes anglais et américains, qui ne voient aucune différence entre un contrat et un jugement.

(10) Batiffol, n° 766 — Sur l'évolution du droit de révision, même pour les jugements, voir *infra*, n° 475 et ss.

large mesure, le morcellement de l'ensemble des opérations qui, formant un tout, aboutissent à la sentence.

La complexité du problème que pose la détermination de la loi applicable en notre domaine est évidente. Les auteurs dénombrent quatre stades successifs : la convention d'arbitrage, la convention entre les arbitres, la procédure arbitrale et enfin la sentence (12). Il faut encore tenir compte, surtout lorsqu'il s'agit d'une clause compromissoire annexe à un contrat principal, de ce contrat originaire dont il conviendra d'envisager l'influence sur la convention arbitrale, en ce qui concerne le droit applicable.

Chacun de ces actes met en jeu une foule de questions diverses relatives au fond, à la forme, à la capacité, à ses effets, d'autant qu'ils n'émanent pas des mêmes personnes, mais alternativement des parties et des arbitres.

Or, étant donné l'étroite interdépendance qui relie ces « anneaux d'une même chaîne » (13), admettre un rattachement distinct pour chacun d'eux conduirait à un résultat absurde et incohérent, surtout si l'on tient compte de la diversité, — au moins dans le détail — des réglementations nationales (14). Pour reprendre l'exemple donné par M. Klein (15), la nomination d'office d'un arbitre par le tribunal en cas de défaillance de l'une des parties n'est pas admise dans toutes les législations. Comment imaginer alors « qu'une telle clause conclue sous l'empire de la loi allemande, en prévision — du moins chez l'une des parties — d'un concours éventuel de la juridiction allemande pour la nomination des arbitres, puisse se trouver anéantie dans un de ses effets les plus importants, parce qu'une autre circonstance en aurait rattaché l'exécution à la loi danoise ».

109. — La recherche d'une loi unique n'est pas seulement destinée à éviter les conflits insolubles qui pourraient surgir entre différents droits applicables ; mais elle se justifie en outre par le souci de préserver l'homogénéité de l'opération.

Sur ce point, on retrouve la même préoccupation que lorsqu'il s'agit d'un contrat, dont un « dépeçage » trop poussé tendrait à « méconnaître

(11) « La loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adoptée », Civ. 5 déc. 1910, S. 1911, 1, p. 129, note Lyon-Caen ; D. 1911, p. 395 ; Clunet, 1912, p. 1156 ; Voir également Civ. 31 mai 1932, D. P. 1933, 1, p. 169, note Crémieu ; S. 1933, 1, p. 17, note Niboyet ; Req. 2 nov. 1937, S. 1938, 1, p. 30.

(12) Klein, *op. cit.* 1955, p. 205 ; art. préc. 1958, p. 260 ; Ballardore-Pallieri, *op. cit.* 1935, p. 318.

(13) Klein, *op. cit.* 1955, p. 211 ; 1958, p. 260.

(14) Sur la diversité des réglementations, voir notamment Sanders, article dans « L'arbitrage international commercial », 1956, T. I, p. 8 ; David, « Arbitrage et Droit comparé », *Rev. int. dr. comp.*, 1959, p. 16 ; Bruns et Motulsky, « Tendances et perspectives de l'arbitrage international », *Rev. int. dr. comp.*, 1957, p. 727 ; Klein, *op. cit.*, 1955, p. 1 à 104 ; art. préc. 1958, pp. 255 et ss.

(15) Klein, *op. cit.*, 1955, p. 210 ; l'auteur donne maints autres exemples.

les liens qui unissent chacun de ses éléments à un but général et de défigurer l'esprit qui l'anime » (16).

L'objectif à atteindre est, ainsi que l'écrit M. Batiffol, de « régir de manière une, donc cohérente, un ensemble d'intérêts solidaires les uns les autres quoique localisés dans différents pays » (17).

En majorité, les auteurs admettent, comme point de départ de la détermination du droit applicable à l'arbitrage, la nécessité d'une loi unique (18), et la Cour de Paris, dans l'arrêt Goldschmidt du 9 décembre 1955 (19) invoque « la loi unique devant régir l'ensemble contractuel complexe qui englobe, dans une étroite interdépendance, avec le compromis (ou la clause compromissoire) les stades successifs des opérations conventionnelles d'arbitrage jusqu'à la sentence inclusivement ».

Or, plus encore qu'en matière de contrat, la localisation que nécessite fatalement tout rattachement rigide sera difficile. Le contrat comporte, à côté de l'acte intellectuel du consentement, qui ne peut être localisé « qu'indirectement et accidentellement » (20), des actes matériels « naturellement localisés » (21), tels que la livraison ou l'exécution, qui n'existent pas en matière d'arbitrage. Restera à déterminer quel élément de l'opération méritera d'être pris seul en considération pour désigner la loi applicable.

110. — Aussi, tenant pour lettre morte la composante juridictionnelle de notre institution, une grande partie de la doctrine affirme la nature « exclusivement contractuelle » de l'arbitrage, « au regard du droit international privé », tout en ayant conscience de l'inexactitude d'une telle position, dictée par la préoccupation de surmonter les difficultés qui font obstacle au développement de l'arbitrage international. On a écrit (22), par exemple, à propos de l'arrêt *Roses* du 27 juillet 1937 (23) qui affirmait le caractère conventionnel de la sentence : « il ne faut pas surestimer la valeur probante de ce raisonnement. C'est le résultat qui compte ». Un autre auteur (24), à son tour, recommande de « ne pas exagérer la portée pratique des constructions doctrinales », car la solution dans le

(16) Lerebours-Pigeonnière, par Loussouarn, *Précis de droit international privé*, n° 353.

(17) Batiffol, « Les conflits de lois en matière de contrats », 1938, p. 70.

(18) Klein, *op. cit.*, 1955, pp. 205 et ss. ; 1958, p. 260 ; Rapport au Congrès international de l'arbitrage les 11-13 mai 1961, *Rev. arb.*, 1961, p. 50 ; Holleaux, *loc. cit.*, p. 178 ; Balladore-Pallieri, *op. cit.*, 1935, p. 208 ; Sauser-Hall, « L'arbitrage en droit international privé », *Annuaire de l'Institut de droit international*, 49^e vol., 1952, pp. 459 et ss. ; Aubert, note sous Tr. Féd. Suisse 18 sept. 1957, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, p. 372 ; Mezger, art. préc. 1960, p. 284, n° 24.

(19) Paris, 9 déc. 1955, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1956, p. 523, note Motulsky ; *Rev. arb.*, 1955, p. 101.

(20) Batiffol, « Aspects philosophiques du droit international privé », 1956, n° 112.

(21) Batiffol, *ibidem*.

(22) Mezger, art. préc., p. 273.

(23) Civ. 27 juil. 1937, préc.

(24) Fragistas, art. préc., p. 2, note 1.

cadre national « doit être déduite de considérations elles-mêmes pratiques plutôt que de constructions dogmatiques ».

On trouve, certes, quelques partisans (25) « résolus » de la conception entièrement contractuelle de l'arbitrage. Pour M. Klein (26) notamment, bien que la seule volonté des parties ne puisse suffire, « on ne saurait, pour autant, concilier ce qui est inconciliable ». Et il poursuit : « si la thèse de la nature mixte de l'arbitrage peut s'expliquer au regard de certaines circonstances de droit interne, il ne s'ensuit pas qu'elle puisse être adoptée également en matière de conflits de lois. Elle reviendrait, en fait, à faire céder la mobilité, la souplesse que l'arbitrage tient et doit pouvoir tenir de la volonté des parties devant la nécessaire rigidité d'un rattachement d'ordre juridictionnel ».

111. — Mais pour la plupart, l'arbitrage est bien une institution de nature mixte et les efforts en vue de justifier la suprématie accordée à l'élément contractuel, lorsqu'il s'agit de la loi applicable, se révèlent assez laborieux, ce qui a fait dire (27), qu'en ce domaine, la théorie contractuelle emporte « l'adhésion résignée de la doctrine ».

Ainsi, il paraît « indéniable » à M. le Professeur Motulsky que « l'arbitrage est une institution hybride, qui tient à la fois de l'acte juridictionnel et du contrat, sans qu'il soit permis de la soumettre globalement au régime de l'un ou de l'autre » (28), mais ceci à propos des voies de recours ouvertes contre la sentence étrangère. Au contraire, s'attachant au problème de la nature de l'arbitrage, en droit international, le même auteur semble modifier quelque peu son point de vue, et affirme qu'il s'agit d'un « procès essentiellement privé ». Il écrit alors (29) : « ce n'est pas à dire, certes, que l'arbitrage s'épuise dans sa composante contractuelle, mais ce qui importe, c'est sa source contractuelle, c'est sa structure, qui consiste en une action de particuliers sur des particuliers ».

Ainsi encore M. Arminjon, tout en affirmant que les arbitres font bien œuvre de juges, analyse cependant l'arbitrage comme « l'exécution du mandat stipulé dans le compromis » (30) pour le rattacher à la loi qui régit les effets de ce contrat.

La position la plus franche nous paraît, au fond, être celle d'un auteur qui, « ne fût-ce que pour les besoins du droit international privé », (31) voit dans l'arbitrage un contrat, et dans la décision finale le contenu d'une obligation conventionnelle.

112. — La jurisprudence reproduit en général le raisonnement de

(25) Klein, *op. cit.*, 1955, p. 184 ; art. préc., 1958, p. 255 ; Holleaux, art. préc. 1956, p. 177 ; Voir aussi Ballardore-Pallieri, *op. cit.*, p. 340, pour qui la sentence apparaît comme un acte dépendant du compromis, y puisant toute sa valeur juridique.

(26) Klein, *op. cit.*, 1958, p. 258.

(27) Bredin, art. préc., Clunet 1962, p. 638.

(28) Motulsky, note sous Paris, 9 déc. 1955, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1956 p. 523.

(29) Bruns et Motulsky, art. préc., p. 726.

(30) Arminjon, *Précis de droit international privé*, T. III, p. 360.

(31) Aubert, note préc.

la doctrine. La plupart du temps, la nature hybride de l'arbitrage ne fait aucun doute, et, ainsi que le relève M. le Professeur Motulsky (32), il n'a jamais été question de « nier le caractère juridictionnel de l'acte décisoire accompli par les arbitres » (33). Les formules citées par l'auteur et tirées des décisions de principe rendues par la Cour de cassation, parlent du contrat dont la sentence est « issue » (34) ou « en vertu duquel elle a été rendue » (35) ou encore notent que la sentence « participe du caractère conventionnel du compromis » (36).

On retrouve cette même explication du choix de la loi régissant le contrat dans nombre d'arrêts des juridictions inférieures (37), ce qui permet aujourd'hui à la Cour de Paris d'affirmer, à propos de la législation applicable à la convention et aux opérations d'arbitrage, que le droit français, « s'attachant à cet égard », au caractère contractuel de celui-ci, « conserve le principe de l'autonomie de la volonté » (38).

113. — Toutes ces justifications ne sont guère satisfaisantes. Il est choquant pour l'esprit d'admettre qu'une institution change de nature en passant du plan du droit interne à celui du droit international privé, et plus encore d'imaginer qu'elle se transforme, en droit international privé, suivant qu'il s'agit des voies de recours ou de la loi applicable à la sentence étrangère. Au demeurant, toutes les nécessités du commerce international sont impuissantes à faire oublier la place prépondérante qui revient à la sentence, acte principal de l'institution, dont on a dit, à juste titre (39), « qu'il ne peut pas être considéré comme un accessoire ou une projection de l'acte préparatoire ».

Amputer l'arbitrage de sa composante juridictionnelle à seule fin de lui appliquer la loi d'autonomie ne résout d'ailleurs pas toutes les difficultés, et l'on s'aperçoit très vite que la solution va être « infiniment plus compliquée et controversée qu'en matière de contrat » (40).

Pour un auteur (41), convaincu de la nature purement conventionnelle de l'arbitrage, la difficulté provient du fait qu'il s'agit non d'éléments d'un même contrat, mais d'actes contractuels distincts émanant au surplus de personnes différentes.

(32) Motulsky, note préc. sous Paris 9 déc. 1955.

(33) Voir cependant la jurisprudence refusant l'autorité de la chose jugée à la sentence, *infra*, n^{os} 503 et ss.

(34) Req. 8 déc. 1914, D. P. 1916, 1, p. 194 ; Clunet 1916, p. 1218.

(35) Req. 9 juil. 1928, S. 1930, 1, p. 17, note Niboyet ; D. P. 1928, 1 p. 173, note Crémieu.

(36) Req. 27 juil. 1937, préc.

(37) Voir par ex. : Paris 22 janvier 1954, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1955, p. 165, note Mezger ; J. C. P. 1955, II, 8566, note Motulsky ; *Rev. arb.*, 1955, p. 18 ; 9 déc. 1955, préc. ; 10 avril 1957, J. C. P. 1957, II, 10078, note Motulsky ; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, p. 120, note Loussouarn ; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, p. 665, obs. Hébraud ; *Rev. tr. dr. com.*, 1957, p. 372, obs. Boitard ; p. 775, obs. Loussouarn ; Clunet 1958, p. 1002, note Goldman ; *Rev. arb.*, 1957, pp. 16 et 31.

(38) Paris, 27 mars 1962, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1962, p. 531, note Mezger ; Clunet 1963, p. 469.

(39) Fragistas, art. préc., p. 3.

(40) Mezger, art. préc., 1960, p. 275.

(41) Klein, art. préc., 1958, p. 260.

114. — En réalité, l'assimilation, au regard du droit international privé, à un contrat ou même à une série d'actes contractuels, se révèle artificielle.

M. Mezger (42) prenait le contrepied de la théorie de Martin en écrivant : « S'il n'y a pas de sentences étrangères comme il y a des jugements étrangers, il y a certainement des sentences rendues à l'étranger comme il y a des ventes conclues à l'étranger. »

Il faut aller beaucoup plus loin. Ainsi que le fait remarquer un auteur (43), la notion de contrat étranger est inhabituelle pour désigner les contrats soumis à une loi étrangère, alors que la distinction entre arbitrage national et arbitrage étranger s'impose. La raison en est que, malgré la base contractuelle de l'arbitrage, celui-ci aboutit à un acte de nature juridictionnelle. Il est beaucoup plus lié à l'ordre juridique d'un pays déterminé que n'importe quel contrat, opposition soulignée à juste titre par le même auteur. Les actes qui dérivent de ce dernier « sont plus ou moins des actes matériels qui comportent des conséquences juridiques ; au contraire, les actes qui se rapportent à l'institution de l'arbitrage sont des actes purement juridiques, des actes de procédure judiciaire, qui mènent par étapes à la réalisation du but de l'arbitrage, c'est-à-dire à l'acte juridictionnel ».

115. — Le régime des voies de recours contre la sentence étrangère fournit une illustration frappante des rapports qui existent entre l'arbitrage et son pays d'origine (44). L'appel est banni, parce que « trop lié à l'ordre judiciaire français » (45). L'opposition à ordonnance d'exequatur s'applique à la sentence étrangère dans certains des cas prévus par l'article 1028 du Code de procédure civile. La loi interne retrouve alors son empire parce que, a-t-on dit, « l'arbitre n'étant investi de la fonction de juger que dans la mesure où le compromis lui a conféré ce pouvoir, le défaut de ce dernier touche à l'organisation même de la juridiction arbitrale » (46).

L'assimilation de l'arbitrage à un contrat se révèle impuissante à résoudre les problèmes que pose la loi applicable, et son insuffisance se mesure en particulier aux efforts faits sur le plan conventionnel pour tenter d'obtenir un droit arbitral international.

116. — Cependant la majorité de la doctrine se résigne à ne prendre en considération que l'aspect contractuel de l'arbitrage, parce que les auteurs qui mettent en avant le caractère juridictionnel (47) de la sentence sont conduits à appliquer les règles relatives aux juridictions, et par suite à faire perdre toute souplesse à notre institution jusqu'à la déformer. Ceux qui reconnaissent à l'arbitrage une nature hybride même en droit

(42) Mezger, note sous Paris 22 janv. 1954, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1955, p. 165.

(43) Fragistas, art. préc., p. 2.

(44) Voir *infra*, n° 436.

(45) Civ. 3 nov. 1960, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1961, p. 564, note Mezger.

(46) Motulsky, note préc. sous Paris 9 déc. 1955, p. 532.

(47) Martin, *Principes*, vol. 1, 1920, §§ 217 et ss. ; Niboyet, T. VI, 2, 1950, n° 1985-1986.

international privé, ou bien font prévaloir son origine contractuelle au regard de la loi applicable (48), ou bien, admettant le principe de l'autonomie de la volonté eu égard à la part conventionnelle de l'institution, veulent une application distributive des règles relatives aux contrats et aux juridictions (49), sans réaliser l'étroite interdépendance existant entre les différentes phases de l'arbitrage. Si le compromis originaire apparaît comme un acte fortement contractuel, et si la sentence finale se présente comme une décision juridictionnelle, il n'en reste pas moins qu'il est impossible d'extraire chacun de ces éléments de l'ensemble de l'opération que constitue l'arbitrage, et qu'ils en subissent une altération, quant à cette nature unique que l'on voudrait leur découvrir. De ce point de vue, on a parfaitement mis en lumière, par exemple, que les arbitres ne sont pas chargés d'un service public et rendent la justice à titre privé (50). Les partisans même de l'assimilation de la sentence à un jugement étranger sont obligés de tenir compte, dans leur système, de l'origine des pouvoirs des arbitres, et de faire une entorse à l'application du régime des actes juridictionnels (51).

117. — En réalité, contrairement à ce qu'on a soutenu (52), il ne s'agit pas de « choisir entre fonction publique et activité privée », et le problème ne nous paraît pas devoir être pris sous cet angle. La nécessité de l'option « fondamentale et inévitable », pour reprendre les termes de M. le Conseiller Holleaux (53), n'apparaît pas si l'on tient compte du caractère spécifique de l'arbitrage qui permet de le faire échapper et aux règles propres aux jugements et aux règles propres aux contrats, et de lui choisir, comme principe de rattachement, le meilleur.

Il faut alors rappeler que si le principe d'autonomie de la volonté naquit à propos des obligations contractuelles (54), il ne leur est pas particulier, et s'applique également en d'autres domaines, notamment en matière de régime matrimonial (55).

L'adoption de la loi d'autonomie, alors, ne se justifie pas par l'idée que l'« on est libre de choisir le droit applicable d'après l'une ou l'autre des deux natures qui sont réunies dans l'arbitrage » (56), mais bien plutôt par le fait que c'est elle qui tient le plus exactement compte des nécessités de l'institution.

(48) Carabiber, not. : « L'évolution de l'arbitrage commercial international », *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 1960, p. 141.

(49) Sauser-Hall, *op. cit.*, pp. 459 et ss.

(50) Batiffol, *Traité*, n° 722 ; Motulsky, note préc. sous Paris, 9 déc. 1955 ; Fragistas, art. préc. 1960, p. 7 ; Franceskakis, *Rep. proc. civ.*, V° Jugement étranger, n° 156.

(51) Notamment quant à l'exequatur, Niboyet, T. VI, 2, 1950, n° 218-219.

(52) Klein, *op. cit.*, 1955, p. 184.

(53) Voir *supra* n° 107.

(54) Batiffol, n° 568 ; Lerebours-Pigeonnière par Loussouarn, n° 352.

(55) Voir sur ce point Batiffol, n° 630, où l'auteur montre bien qu'il ne s'agit pas d'une extension de la loi contractuelle, justifiée par l'idée de convention tacite ; en cas de contrat de mariage nul, on retrouve l'application du régime légal.

(56) Fragistas, art. préc., p. 7.

118. — C'est dans cette optique que M. Mezger (57) dissocie la théorie contractuelle de la convention arbitrale, — basée sur l'autonomie de la volonté en matière de contrat — et la théorie contractuelle de la procédure arbitrale. L'autonomie de la volonté s'applique à cette dernière non parce qu'elle est la suite ou la projection du contrat originaire, mais parce qu'on accorde aux parties la même liberté qu'en matière de contrats dans le choix de la loi applicable. Cette thèse justifie la soumission de la procédure arbitrale à l'autonomie de la volonté, alors même que le compromis ne porte pas sur une matière contractuelle, ce qui entraînerait l'application d'une règle de rattachement obligatoire.

Mais le plus grand mérite d'une telle construction doctrinale nous paraît être l'exactitude de son point de départ, c'est-à-dire le refus de mutiler l'arbitrage pour n'y voir qu'une institution de nature contractuelle. Si la règle d'autonomie doit s'appliquer, c'est, pour reprendre les termes de l'auteur (58) « parce que les mêmes raisons impérieuses qui justifient l'autonomie en matière d'obligation contractuelle s'imposent ici ».

119. — Seule cette attitude, qui permet de respecter l'originalité de notre institution, justifie certaines données qui ne peuvent s'expliquer autrement de façon logique : telle la soumission de la procédure arbitrale à l'autonomie de la volonté. Il est très contestable d'y voir un prolongement de la convention originaire, ne serait-ce que parce qu'elle est tout entière le fait des arbitres, et qu'elle est bien plus proche de la sentence que du compromis. Evincer la loi du for, parce que les arbitres ne sont pas « chargés d'un service public » (59), ou légitimer l'application de la loi d'autonomie à la procédure par le « caractère mixte » (60) de l'arbitrage, nous paraissent être également des motifs insuffisants, alors que la nécessité d'une loi unique et les inconvénients engendrés par un système rigide de rattachement sont les vraies raisons de l'application de l'autonomie de la volonté. Celle-ci est admissible en la matière, simplement parce qu'elle est nécessaire et que, comme en matière de contrats, l'esprit de l'institution est de servir la volonté individuelle qui en est le ressort. C'est ce que nous essayerons de montrer en retenant pour notre étude les questions de la détermination de la nationalité de l'arbitrage (Chapitre I) et de la portée du principe de l'autonomie de la volonté (Chapitre II).

120. — De même, nous aurons à nous demander si le caractère spécifique de l'arbitrage ne permet pas d'accepter qu'il soit détaché de toute législation étatique et obéisse à des normes qu'un auteur appelle « bien que toutes ces expressions soient quelque peu barbares, supra-nationales, extra-nationales ou mieux a-nationales » (61). Il nous faudra donc examiner le problème de l'autonomie absolue de la volonté en matière

(57) Mezger, art. préc., p. 273.

(58) Mezger, art. préc., p. 287.

(59) Batiffol, *Traité*, n° 722.

(60) Motulsky, note préc. sous Paris 9 déc. 1955, p. 531.

(61) Fouchard « L'arbitrage commercial international », *thèse*, Dijon 1963, n° 39.

d'arbitrage (Chapitre III). Ce même caractère original explique, à l'inverse, comment ont pu naître, au stade des conventions internationales, des règles de rattachement très précises, voire même de droit international, règles de « procédure » qui n'auraient pas leur place en matière de contrats. C'est pourquoi nous consacrerons un développement au droit conventionnel (Chapitre IV).

— *Chapitre I.* — La détermination de la nationalité de l'arbitrage.

— *Chapitre II.* — La portée du principe de l'autonomie de la volonté.

— *Chapitre III.* — Le problème de l'autonomie absolue de la volonté en matière d'arbitrage.

— *Chapitre IV.* — Le droit conventionnel.

CHAPITRE I

LA DETERMINATION DE LA NATIONALITE DE L'ARBITRAGE

121. — La nécessité de distinguer les arbitrages nationaux des arbitrages étrangers est le seul point sur lequel l'accord se fait entre partisans de la théorie juridictionnelle et partisans de la théorie contractuelle. Pour les premiers, il s'agit d'une question primordiale : la sentence est nécessairement rattachée à un Etat déterminé, puisqu'elle est l'exercice d'une fonction étatique (1). Dans l'optique jurisprudentielle de l'assimilation, au contraire, la recherche de la nationalité de la sentence ne devrait présenter aucun intérêt, puisque, réduite à son origine conventionnelle, elle serait neutre, l'arbitrage n'étant lié à aucun Etat déterminé (2). En fait, la distinction est inévitable.

La difficulté commence lorsqu'il s'agit de définir l'élément qui déterminera la nationalité de l'arbitrage, et les deux théories conduisent à des solutions radicalement opposées. Seul le lieu où la sentence est rendue est pris en considération pour les partisans de la théorie juridictionnelle, alors que cette circonstance ne fournit qu'un critère possible parmi d'autres pour la doctrine qui met l'accent sur la source contractuelle de l'arbitrage et fait dépendre sa nationalité du droit applicable, ce dernier étant choisi par les parties en vertu de la loi d'autonomie (3).

(1) Niboyet, T. VI, 2, n° 1981 ; Bartin, *Principes*, § 218 ; Pillet, *Traité*, T. II, p. 513.

(2) Voir Fragistas, art. préc.

(3) Batiffol, n° 747 ; Lerebours-Pigeonnière, par Loussouarn, n° 428 ; Mezger, art. préc. 1960, pp. 273 et ss. ; note sous Cour Féd. all., 3 oct. 1956 ; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1957, p. 693 ; Klein, *op. cit.*, 1955, p. 271 ; art. préc. 1958, p. 256 ; « Du caractère autonome et procédural de la clause compromissoire », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1961, p. 499 ; *Rev. arb.*, 1961, p. 48 ; Fragistas, art. préc., ; Balladore-Pallieri, *op. cit.*, p. 291 ; Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1958, p. 667 ; Motulsky, note préc. sous Paris 9 déc. 1955, p. 534 ; « L'évolution récente en matière d'arbitrage international », *Rev. arb.*, 1959, p. 7 ; Bredin « Remarques sur les voies de recours contre la sentence étrangère », *Rev. arb.*, 1958, p. 135 ; note sous Aix 25 fév. 1958, *Clunet* 1959, p. 1136 ; « La paralysie des sentences arbitrales étrangères par l'abus des voies de recours », *Clunet* 1962, p. 638.

122. — Il y a là une différence fondamentale (4). La caractéristique du système juridictionnel est qu'il détermine la nationalité de la sentence sans considérer la loi qui la régit, alors que dans le système contractuel, les mêmes points de rattachement déterminent à la fois la nationalité de la sentence et le droit applicable. C'est dire l'aspect primordial que revêt alors le problème qui nous occupe, puisqu'il s'agit en fait de la recherche du droit applicable en l'absence d'une volonté clairement exprimée par les parties. On comprend dès lors pourquoi l'accord est loin d'être fait en doctrine sur ce point, considéré comme « l'un des plus délicats du droit français » (5).

L'examen des deux procédés de détermination de la nationalité semble nécessaire pour appréhender la nature de l'arbitrage. Le lieu de reddition de la sentence, comme l'entendent les partisans de la théorie juridictionnelle, ne semble plus présenter qu'un intérêt historique. On l'a cependant contesté. Aussi, il nous paraît intéressant d'étudier le rattachement territorial (section 1), puis de faire le point du droit positif interne et international (section 2), avant d'analyser dans le système qui admet la loi d'autonomie, les indices révélateurs de la volonté des parties (section 3).

Section I. — Le rattachement territorial.

Section II. — Le droit positif interne et international.

Section III. — Les indices révélateurs de la volonté des parties.

SECTION I

LE RATTACHEMENT TERRITORIAL

123. — La théorie juridictionnelle fait du pays où les arbitres ont statué, le seul critère de détermination de la nationalité de la sentence, puisque « rendre la justice est toujours l'émanation de la souveraineté locale » (6). Pour Bartin (7) « la sentence étrangère, comparable et même assimilable à un jugement étranger, n'est et ne peut être que la sentence arbitrale rendue à l'étranger ». C'est en partie la solution adoptée par

(4) Voir Fragistas, art. préc. p. 5, note 1. Rapprocher Balladore-Pallieri, *op. cit.*, 1935, p. 343.

(5) Mezger, note sous Paris, 5 juillet 1955, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1956, p. 79 ; Voir également Bredin, note préc. sous Aix 25 fév. 1958, et art. préc. ChUNET 1962, p. 644.

(6) Niboyet, T. VI (2), n° 1981.

(7) Bartin, *op. cit.*, § 218.

M. le Professeur Sauser-Hall (8), convaincu de la nature mixte de l'arbitrage, et qui déduit de son caractère juridictionnel que la convention arbitrale peut être assimilée, dans les relations internationales, à une élection de for étranger. Pour cet auteur, dans l'exercice de leur autonomie, les parties peuvent choisir des juges étrangers, mais cela entraînera soumission à toutes les règles de procédure et à toutes les lois impératives du lieu de l'arbitrage.

M. Robert (9) accorde la même prééminence au lieu de reddition de la sentence, mais à un tout autre titre. Pour lui, ce serait le seul indice valable en cas de volonté non manifeste des parties.

Le lieu de l'arbitrage, en tant que principe de rattachement rigide, se heurte à de grandes objections : il apparaît comme accessoire, et de plus, la détermination de la loi applicable risque d'être nécessaire bien avant qu'il ne soit établi. Nous étudierons successivement :

§ 1. — Le caractère accessoire du lieu où la sentence est rendue.

§ 2. — Le moment de la désignation de la loi compétente.

§ 1. — *Le caractère accessoire du lieu où la sentence est rendue.*

124. — On a fait remarquer, à juste titre, que l'identité de traitement avec les jugements ne résiste pas à un examen un peu approfondi. Un jugement est étranger non parce qu'il est rendu dans un pays étranger, mais parce qu'il est rendu par un juge investi du pouvoir de juger par l'Etat étranger, « investiture qui manque toujours, et par définition, à l'arbitre » (10). Les tribunaux ordinaires, parce qu'ils sont une émanation de la souveraineté, possèdent une compétence territoriale — notion impensable en matière arbitrale — ; et il faut en conclure, avec un auteur (11), que le « siège dérive du pouvoir et non le pouvoir du siège ».

A l'objection que ni la sentence ni les arbitres qui la rendent ne relèvent d'un Etat déterminé (12), M. Sauser-Hall répond qu'il faut chercher l'Etat avec lequel l'arbitrage a « le contact local le plus étroit ». Et pour l'auteur, c'est « de toute évidence, le pays où la procédure arbitrale doit effectivement se dérouler, celui où s'effectue le travail arbitral, où se trouve le siège du tribunal arbitral, où la sentence doit être rendue (13) ».

Or le lieu de reddition de la décision reste un élément très secondaire en matière arbitrale, car il tient souvent à des circonstances for-

(8) Sauser-Hall, *op. cit.*, p. 531.

(9) Robert « Le recours en France contre la sentence étrangère », *Rev. arb.*, 1957, p. 123.

(10) Mezger, note préc. sous Cour Féd. all., 3 oct. 1956.

(11) Aubert, note sous Tr. Féd. Suisse, 18 sept. 1957, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958,

p. 372.

(12) Objection faite par la majorité des membres de la Commission et notamment par M. Arminjon, suite au rapport Sauser-Hall, *op. cit.*, p. 494 ; Voir également Aubert, note préc.

(13) Sauser-Hall, *ibidem*.

tuites. La commodité des plaideurs et les nécessités du litige imposent en effet que le lieu de réunion des arbitres soit fixé, suivant les circonstances de la cause, à l'endroit où se trouve l'objet litigieux, ou bien au domicile de l'arbitre, ou encore là où les parties se rencontrent pour leurs affaires (14).

125. — M. Sauser-Hall (15), pour surmonter la difficulté, préconise l'utilisation de diverses présomptions, dont l'énoncé seul en montre le caractère artificiel dans la mesure où elles seraient fondées sur la volonté présumée des parties. Ainsi désignant la loi applicable, sans indiquer le lieu de l'arbitrage, les parties seront « censées avoir entendu fixer le siège dans le pays dont la loi est applicable ». Si la convention est muette sur ces deux points, elle sera supposée « laisser aux arbitres le soin de fixer le lieu où le tribunal siègera, et la loi applicable sera celle en vigueur dans ce lieu ». Dans le cas où les arbitres siègeraient successivement dans plusieurs États, sauf réserve expresse de leur part, le lieu de leur première réunion sera considéré comme le siège du tribunal arbitral, et, par conséquent, fournira le droit applicable. Lorsque les arbitres ne se réunissent pas et procèdent par simple échange de correspondance (16), le siège du Tribunal sera censé établi au lieu de la résidence habituelle du surarbitre, ou de l'arbitre unique ; s'il n'y a pas de surarbitre, il sera fixé par les arbitres, décidant à la majorité.

Ces présomptions paraissent non seulement compliquées et difficiles à mettre en pratique, mais dangereuses, car elles dictent à la fois le siège et le droit applicable qui risque alors de dépendre d'un pur hasard ; elles sont également insuffisantes à résoudre tous les problèmes.

§ 2. — *Le moment de la désignation de la loi compétente.*

126. — Un des reproches majeurs que l'on peut adresser à un rattachement territorial rigide tient à ce que la nationalité de l'arbitrage, si elle dépend du lieu de la sentence, ne sera connue qu'une fois la sentence rendue (17), à condition encore que celle-ci soit localisée. Même dans le système de M. Sauser-Hall, cette nationalité ne pourra être établie qu'après la passation du contrat originaire et la nomination des arbitres. Or le problème de la loi applicable se posera, souvent à un stade antérieur, surtout lorsqu'il s'agit de clauses compromissaires incluses

(14) C'est la raison pour laquelle les grands Centres internationaux, tels l'American arbitration association et la Chambre de commerce internationale n'imposent pas aux parties la désignation à l'avance du lieu où siègeront les arbitres ; Voir sur ce point Klein, *op. cit.* 1955, n° 124 ; art. préc. 1958, p. 282 ; Carabiber « L'évolution de l'arbitrage commercial international », Cours préc. 1960, p. 154.

(15) Sauser-Hall, *op. cit.*, pp. 535 et ss.

(16) Article 2 du projet, p. 595 ; Niboyet avait prévu, dans le cas de déplacement des arbitres d'un pays à l'autre, que le pays à envisager serait celui où siège le Tribunal « à titre principal », notamment celui où a été rendue la sentence arbitrale. (*Traité*, T. VI, 2, n° 1981).

(17) Voir Klein, *op. cit.*, 1955, pp. 225 et ss. ; art. préc. 1958, p. 281 ; Bredin, note préc. sous Aix 25 fév. 1958 et art. préc., Clunet 1962, p. 646 ; Fragistas, art. préc., p. 7.

dans des contrats de longue durée et qui servent de base à plusieurs arbitrages. Quel tribunal saisir en cas de contestation relative à la validité de la convention, ou si la clause, comme ce sera le cas le plus fréquent, n'a prévu ni le siège de l'opération, ni les arbitres, et que l'une des parties refuse de nommer ceux-ci ? Il faut savoir alors quelle est la loi applicable pour connaître la sanction d'une telle obstruction. De plus, il est particulièrement choquant de laisser aux arbitres le choix du siège dans le silence du compromis, car c'est leur abandonner le choix de la loi applicable, dont dépend la validité de leur investiture et les recours ouverts contre leur sentence. Ils créent alors eux-mêmes, comme on l'a souligné (18) « les bases de leur propre autorité ». Solution d'autant plus inacceptable qu'en droit français, depuis un arrêt de la Cour de cassation du 12 avril 1938 (19), il est admis que la sentence fait foi jusqu'à inscription de faux en ce qui concerne l'indication du lieu où elle a été rendue.

127. — D'ailleurs, sur le plan théorique, l'analyse de la convention arbitrale en une convention de for est inexacte. Cette assimilation, que l'on trouve chez certains auteurs (20) et dans quelques décisions de jurisprudence (21), ne tient pas compte de ce que la prorogation ne peut se concevoir qu'au profit d'une juridiction existante, dont elle élargit mais ne crée pas la compétence (22), alors que les arbitres ne tirent leur pouvoir de jugement que du seul compromis (23). L'application de la loi du lieu comme principe de rattachement paraît donc aussi peu fondée qu'incommode.

SECTION II

LE DROIT POSITIF INTERNE ET INTERNATIONAL

128. — La solution en droit interne ne semble pas offrir de difficultés ; il en va peut-être différemment en droit international. Ce sont les deux points que nous développerons :

(18) Klein, *op. cit.*, 1955, p. 227 ; art. préc. 1958, p. 283 ; Mezger, art. préc., 1960, p. 288 et note 31 ; voir également Fragistas, art. préc., pour qui il vaut alors mieux faire dépendre la détermination du droit applicable de la volonté des parties que de l'arbitraire des arbitres ; Aubert, note préc. sous Trib. féd. Suisse 18 sept. 1957.

(19) Req. 12 avril 1938, S. 1939, 1, p. 257, note Solus.

(20) Sauser-Hall, *op. cit.*, pp. 528 et ss. ; Robert, *Traité*, n° 6, n° 123 ; note sous Paris 14 mai 1959, D. 1959, p. 457.

(21) Paris 27 juin 1957, J.C.P. 1958, IV, 96 ; 14 mai 1959, D. 1959, p. 437, note Robert.

(22) Giverdon, *Rep. proc. civ.*, V^e Compétence civile ; Cuhe et Vincent, n° 250 ; Morel, n° 280.

(23) Sur la critique de l'assimilation de la convention d'arbitrage à une convention de prorogation de juridiction ; Klein, *op. cit.*, 1955, p. 229 ; art. préc., p. 281 ; Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1959, p. 781.

§ 1. — Le rejet du critère territorial en droit international privé français.

§ 2. — La part faite au critère territorial dans les Conventions internationales.

§ 1. — *Le rejet du critère territorial en droit international privé français.*

La jurisprudence française ne reflète aucune hésitation. Déjà, le 11 juillet 1899 (24), la Chambre des requêtes considère comme colombien un arbitrage rendu à Paris par des arbitres colombiens ; dans son arrêt du 9 juillet 1928 (25), elle affirme que la sentence étrangère est celle qui est rendue en vertu d'un compromis qui la soumet à la loi étrangère, sans relever pour déclarer l'arbitrage anglais, qu'il s'était déroulé à Londres. Le 5 juillet 1955, la Cour de Paris (26) est saisie d'une espèce qui fait dire au commentateur de l'arrêt : « la réalité dépasse la fiction ». Il s'agissait d'une « clause d'arbitrage à Paris selon la juridiction anglaise seule admise ». La Cour en a déduit « qu'à l'évidence..., les parties entendaient soumettre l'arbitrage aux règles anglaises », sans accorder aucune importance au fait que le siège de l'arbitrage soit fixé à Paris.

Le rejet du critère territorial comme rattachement rigide est aujourd'hui hors de question en droit positif interne.

§ 2. — *La part faite au critère territorial dans les Conventions internationales.*

129. — L'évolution générale du droit international accorde également la primauté à la loi d'autonomie ; on a pu en douter à la suite du Protocole de Genève du 24 septembre 1923 et de la Convention de Genève du 26 septembre 1927 qui « semblaient », suivant une prudente formule (27), déduire la nationalité de la sentence du lieu de sa reddition (28). Cependant, les difficultés d'interprétation auxquelles donnèrent lieu ces traités (29) infirmèrent partiellement cette thèse. M. Balladore-Pallieri et M. Sauser-Hall (30) pensent que c'est une règle de rattachement territorial qui est consacrée ; Niboyet, M. Klein et M. Mezger le contestent (31).

La Cour de Paris, dans l'arrêt Goldschmidt du 9 décembre 1955 (32), a pris formellement parti en déclarant que « ni l'une ni l'autre des

(24) Req. 11 juil. 1899, Clunet 1899, p. 1 024 ; S. 1900, 1, p. 339 ; D. 1904, 1, p. 225, note Pic.

(25) Req. 9 juil. 1928, D. P. 1928, 1, p. 173, note Crémieu ; S. 1930, 1, p. 17, note Niboyet.

(26) Paris 5 juil. 1955, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1956, p. 79, note Mezger.

(27) Bruns et Motulsky, art. préc., *Rev. int. dr. comp.*, 1957, p. 719.

(28) Art. 2, al. 1 du Protocole et art. 1, al. 1 de la Convention.

(29) Voir obs. Bagge sur le Projet Sauser-Hall, *op. cit.*, p. 506.

(30) Balladore-Pallieri, *op. cit.*, p. 388-389 ; Sauser-Hall, *op. cit.*, p. 533.

(31) Niboyet, T. VI (2), n° 2 143 ; Klein, *op. cit.* 1955, p. 292 ; art. préc. 1958, p. 485 ; Mezger, note sous Cour. Féd. all. 3 oct. 1956, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1957, p. 698.

(32) Paris 9 déc. 1955, préc.

Conventions de Genève n'ont pour objet de définir des règles de rattachement, ni ne contiennent d'ailleurs de semblables règles ».

En tout cas, les Conventions de New York du 10 juin 1958 et de Genève du 21 avril 1961, sont, quoiqu'il paraisse à une première lecture, nettement éloignées d'un rattachement territorial rigide, et accordent la prééminence à l'autonomie de la volonté (33).

130. — Le Projet du Conseil Economique et Social des Nations-Unies faisait découler la nationalité uniquement du lieu où la sentence avait été rendue. La Convention de New York s'en tient, dans l'alinéa premier de l'article 1, au même principe, mais elle adopte immédiatement, dans l'alinéa 2, un critère plus souple : « elle s'applique également aux sentences arbitrales qui ne sont pas considérées comme sentences nationales dans l'Etat où leur reconnaissance et leur exécution sont demandées ». Ce deuxième alinéa, « qui permet à chaque Etat de puiser dans les conceptions de son droit international privé ses motifs propres d'extranéité d'une sentence » (34), réduit sensiblement la portée du premier.

Il semble bien que l'article 1 réalise ainsi un compromis entre la thèse contractuelle et la thèse juridictionnelle qui prévaut dans certains Etats (35). L'intention commune des parties reste certainement le facteur prépondérant de rattachement pour les rédacteurs de la Convention. L'article 5 prévoit que l'exécution de la sentence pourra être refusée si la preuve est rapportée que la convention n'était pas valable, « en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée » et ce n'est qu'à défaut d'une indication à cet égard qu'elle sera examinée « en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue ».

131. — La Convention européenne de Genève du 21 avril 1961 semble également, dans l'article 1 qui délimite son champ d'application, adopter un critère territorialiste, puisqu'elle déclare ne s'appliquer qu'aux arbitrages intervenant « entre personnes physiques ou morales ayant au moment de la conclusion du contrat d'arbitrage, leur résidence habituelle ou leur siège dans des Etats contractants différents », ce qui rappelle assez la formule des anciens accords de Genève.

En réalité, elle fait une part encore plus large à l'autonomie de la volonté que les conventions antérieures, et notamment, dans ses articles 6, § 2 a et 9, § 1 a, affirme la prépondérance de la loi à laquelle les parties ont soumis la convention d'arbitrage. Le rattachement territorial n'intervient qu'avec un caractère subsidiaire, à défaut d'indication (36).

Si le droit positif refuse, avec raison, de faire découler automatique-

(33) En ce sens Klein, art. préc. 1958, p. 491 ; Bredin, note sous Aix, 25 fév. 1958, Clunet 1959, p. 1136 ; art. préc., Clunet 1962, p. 648 ; « La Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères », Clunet 1960, p. 1 002.

(34) Robert « La Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères », D. 1958, p. 73, § I.

(35) En ce sens, Klein, art. préc., p. 491.

(36) Art. 6, § 2 b et art 9, § 1 b.

ment la nationalité de l'arbitrage de l'indication du lieu où la sentence est rendue, cette précision joue cependant un rôle de premier plan dans le système de l'autonomie de la volonté, mais à un tout autre titre : elle constitue l'un des principaux indices de localisation.

SECTION III

LES INDICES REVELATEURS DE LA VOLONTE DES PARTIES

132. — La doctrine de l'autonomie de la volonté rallie, à l'heure actuelle, la presque totalité des auteurs qui s'accordent pour affirmer que la loi de l'arbitrage — et donc sa nationalité — doit être celle choisie par les parties. Ses partisans sont cependant extrêmement divisés sur la question de savoir comment, en l'absence d'indication expresse dans le compromis, déterminer la nationalité de l'arbitrage.

On retrouve là un des aspects de l'opposition entre tenants des thèses objectivistes et des thèses subjectivistes (37). Pour les uns et les autres, une désignation quasi expresse est également valable ; encore faut-il s'accorder sur les éléments révélateurs de cette désignation. Mais il se peut que le contrat soit muet sur ce point, soit que les parties aient commis un oubli, soit qu'elles se soient volontairement abstenues par peur de donner prise à la chicane. La divergence se manifeste alors. Pour les uns, il convient de décider quelle aurait été raisonnablement la loi choisie ; pour les autres, il s'agit là d'une recherche de la volonté hypothétique, et le juge doit se référer à des indices généraux, ou même à des présomptions valables pour toute une catégorie de contrats.

La Cour de cassation a, semble-t-il, pris parti en matière de contrat pour la tendance subjectiviste, en affirmant le 5 décembre 1910 (38), que la volonté des parties « peut s'induire des faits et des circonstances de la cause, ainsi que des termes du contrat ».

D'ailleurs, il faut bien reconnaître que l'on arrive à peu près au même résultat par les deux méthodes (39), et qu'en pratique le choix reste plutôt une question de tendance (40).

(37) Sur le problème en son entier : Batiffol « Subjectivisme et Objectivisme dans le droit international privé des contrats », *Mélanges Maury* 1960, T. I, p. 39.

(38) Civ. 5 déc. 1910, S. 1911, 1, p. 129, note Lyon-Caen ; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1911, p. 395 ; D. 1911, p. 395 ; Clunet 1911, p. 1156 ; voir également Civ. 31 mai 1932, D. P. 1933, 1, p. 169, note Crémieu, S. 1933, 1, p. 17, note Niboyet ; Req. 2 nov. 1937, S. 1938, 1, p. 30.

(39) En ce sens Batiffol, art. préc., 1960, p. 41 ; Fragistas, art. préc.

(40) Pour un rattachement « objectif » : Batiffol, art. préc., p. 42 ; *Traité* n° 597 ; P. Louis-Lucas « La liberté contractuelle en droit international privé français », *Mélanges Dabin* 1963, T. II, p. 743 ; Holleaux, art. préc. *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1956, pp. 178-179 ; Fragistas, art. préc., E. Pour un rattachement « subjectif » : Klein, *op. cit.* 1955, p. 245 ; Mezger, note sous Paris, 27 mars 1962, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1962, p. 541 ; art. préc., 1960, p. 287.

133. — Au demeurant, le problème est la plupart du temps facile à résoudre en matière d'arbitrage, et l'on a écrit avec raison que « l'expérience atteste que, hors les cas pathologiques, dont il est vrai qu'ils sont la matière ordinaire de réflexion des juristes, cette localisation est aisée et quasi instinctive » (41).

En effet, une large part des arbitrages institutionnels élimine la difficulté, dans la mesure où le recours à une juridiction permanente implique l'adoption de la loi que celle-ci, par sa situation territoriale même, a l'habitude d'appliquer. En outre, le juge dispose d'éléments plus nombreux qu'en matière contractuelle, ne serait-ce que du fait que la clause d'arbitrage se réfère généralement à un contrat principal, quelquefois plus explicite sur le droit choisi. Sans doute, il n'est pas certain que la loi soit la même (42), mais il y a, en jurisprudence, ce qu'un auteur appelle une « présomption d'identité » (43). Est considérée comme désignation quasi expresse de la loi applicable au contrat principal celle régissant les clauses d'arbitrage ou les clauses attributives de juridiction (44), et ce, à juste titre pour la majorité de la doctrine (45), car « la localisation de la sanction peut avoir une importance décisive aux yeux des contractants » (46). De même, nous verrons que la loi adoptée pour le contrat principal est considérée comme un des principaux indices de la volonté des parties en ce qui concerne la clause compromissoire, et cela pour les partisans des deux tendances.

Nous étudierons successivement :

§ 1. — Le lieu de l'arbitrage en tant qu'indice de la volonté des parties.

§ 2. — La loi applicable au contrat principal.

§ 1. — *Le lieu de l'arbitrage en tant qu'indice de la volonté des parties.*

134. — L'indication la plus claire de la volonté des parties est, de

(41) Bredin, art. préc., p. 646.

(42) Voir *infra*, n° 147.

(43) Motulsky, note sous Civ. 7 mai 1963, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1963, p. 615.

(44) Req. 8 déc. 1914, D. P. 1916, 1, p. 194 ; Clunet 1916, p. 1 218 ; 8 janv. 1924, G. P. 1924, 1, p. 405 ; Civ. 19 fév. 1930, D. H. 1930, p. 228 ; S. 1932, 1, p. 41, note Niboyet ; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1931, p. 514 ; Clunet 1931, p. 90 ; 27 janv. 1931, S. 1932, 1, p. 41, note Niboyet ; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1931, p. 514 ; Clunet 1932, p. 93 ; Req. 4 juin 1934, D. H. 1934, p. 361 ; Com. 14 oct. 1957, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1957, p. 684, note Mezger ; 17 oct. 1961, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1962, p. 132, note Mezger.

(45) Batiffol, *Traité*, n° 599 ; « Les conflits de lois en matière de contrats », 1938, pp. 131 et 137 ; art. préc., *Mélanges Maury*, p. 40 ; Lerebours-Pigeonnière, par Loussouarn, n° 595 ; Klein, *op. cit.* 1955, p. 244 ; Rapport au Congrès international de l'arbitrage, *Rev. arb.*, 1961, p. 50 ; Motulsky, note sous Tr. civ. Seine 7 juin 1956, J. C. P. 1956, II, 9 460 ; Mezger, note sous Cass. com. 14 oct. 1957, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1957, p. 684 ; notes sous Paris 27 mars 1962, préc. ; sous Com. 17 oct. 1961, préc. ; Goldman, note sous Civ. 7 mai 1963, J.C.P. 1963, II, 13 405.

(46) Batiffol ; *op. cit.* 1938, p. 55.

l'avis unanime (47), celle du lieu de l'arbitrage, qui est soit le lieu de reddition de la sentence, soit celui du siège des arbitres. Il faut, pour éviter toute confusion avec la thèse juridictionnelle, souligner avec un auteur (48) que donner la primauté à cet indice ne signifie pas qu'il prévaut sur un ensemble précis et concordant d'éléments contraires. Il y a simplement là une « présomption d'*electio juris* qui s'attache à la localisation de l'arbitrage ».

Ce lieu est considéré comme particulièrement révélateur de la volonté des parties, en raison des rapports de l'arbitrage avec les juridictions officielles. Pour reprendre la comparaison faite par M. le Professeur Hébraud (49) « de même que le rôle d'une monnaie nationale comme instrument de paiement rend assez naturelle l'option de change liée à une option de place, de même la réalisation de l'arbitrage est toujours susceptible d'entraîner des contacts avec une justice d'Etat qui sera, plus naturellement que tout autre, celle du pays où il est poursuivi ».

Lorsqu'il s'agit d'un arbitrage institutionnel, le choix d'un institut permanent placé dans un système juridique déterminé, comme la Chambre arbitrale de Paris par exemple, est spécialement déterminant (50). On y a vu plus encore qu'un indice de localisation « une volonté d'élection de la loi applicable, volonté implicite mais nettement exprimée » (51). C'est aller un peu loin ; et nous croyons, comme il a été dit (52), que les parties pourraient parfaitement adopter une loi différente de celle habituellement appliquée par la juridiction arbitrale élue, qui, bien que permanente, n'existe que par la vertu de chacune de ses saisines successives. Devant une telle manifestation de l'autonomie de la volonté, les arbitres ne pourraient passer outre, et seul le refus de siéger serait concevable.

§ 2. — La loi applicable au contrat principal.

135. — La loi adoptée pour le contrat principal ou celle qui régit l'obligation litigieuse est également considérée comme un indice très fort. Sans doute, n'est-il pas certain que cette loi soit systématiquement adoptée pour la clause d'arbitrage, surtout depuis l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 7 mai 1963 (53), qui proclame la complète autonomie juridique de la clause compromissoire. On peut cependant penser qu'elle l'a été, en l'absence de toute manifestation de volonté contraire

(47) Klein, *op. cit.*, 1955, p. 244 ; Aubert, note préc. ; Fragistas, art. préc. ; Mezger, note préc. sous Cass. 14 oct. 1957 ; note préc. sous Paris 27 mars 1962 ; art. préc., p. 281.

(48) Mezger, note préc. sous Paris 27 mars 1962.

(49) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1958, p. 668.

(50) Klein, *op. cit.*, 1955, p. 244 ; Arminjon, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 49^e vol., T. I, pp. 602 et ss.

(51) Holleaux, art. préc., *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1956, p. 179.

(52) Klein, *op. cit.*, 1955, p. 241.

(53) Civ. 7 mai 1963, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1963, p. 615, note Motulsky ; D. 1963, p. 545, note Robert ; *Rev. arb.* 1963, p. 60 ; *Rev. tr. dr. com.*, 1963, p. 780, note Hébraud ; J. C. P. 1963, II, 13 405, note Goldman ; Clunet 1964, p. 82, note Bredin.

« soit dans l'intérêt de l'unité de la loi applicable » (54), soit parce que l'on peut « présumer que les parties n'ont pas voulu compliquer inutilement les choses » (55). Notre jurisprudence utilise très fréquemment cet indice (56).

136. — Si les deux éléments précédents n'existent pas, on peut éventuellement se référer à la loi du pays du défendeur (57), et si le juge hésite sur la loi applicable, il devra supposer, d'après les tenants de la théorie subjectiviste (58), que les parties ont entendu se soumettre à la loi qui assure la validité et l'efficacité de leur compromis ; les adversaires de cette théorie se déclarent assez hostiles à cette manière de voir (59), mais il semble bien qu'elle soit conforme à la jurisprudence inaugurée par la Cour de cassation dans son arrêt du 5 décembre 1910 (60).

La nationalité de l'arbitrage, et donc le droit qui le régit, dépendent de la volonté des parties ; encore faut-il déterminer la latitude laissée à ces dernières dans le choix de la loi applicable.

(54) Mezger, art. préc. *Mélanges Maury*, p. 290.

(55) Klein, *op. cit.* 1955, p. 244.

(56) Aux arrêts cités, n° 133, note 44, ajoutez : Paris 22 janv. 1954, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1955, p. 165, note Mezger ; 9 déc. 1955, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1956, p. 523, note Motulsky ; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, p. 120, note Loussouarn ; 10 avril 1957, J. C. P. 1957, II, 10 078, note Motulsky ; 27 mars 1962, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1962, p. 522, note Mezger ; J. C. P. 1963, II, 13 036, note Level ; *Rev. arb.*, 1962, p. 45 ; Paris 30 mai 1963, J. C. P. 1963, II, 13 338, note Motulsky ; Clunet 1964, p. 85, note Bredin ; Tr. civ. Seine 7 juin 1956 ; J. C. P. 1956, II, 9 460 note Motulsky ; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1956, p. 683, note H. B.

(57) En ce sens Klein, *op. cit.*, 1955, p. 245.

(58) En ce sens Klein, *ibidem* ; Mezger, art. préc. 1960, p. 290.

(59) Not. Batiffol, *Traité*, n° 597 ; *op. cit.*, 1938, n° 155.

(60) Civ. 5 déc. 1910, préc. Pour éviter de prononcer la nullité d'un contrat d'affrètement soumis à la loi de New York et qui contenait une clause d'irresponsabilité de l'armateur, clause prohibée par cette loi, la Cour de cassation a admis que les parties « n'entendaient se soumettre à la loi américaine que pour tout ce qui n'aurait pas été expressément prévu par la charte-partie ».

CHAPITRE II

LA PORTEE DU PRINCIPE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTE

137. — Tous les auteurs sont d'accord aujourd'hui pour admettre le bien-fondé du principe de l'autonomie de la volonté, principe au demeurant établi en jurisprudence depuis les arrêts du 5 décembre 1910 et du 31 mai 1932 (1).

Une part de la doctrine prétendait qu'une telle manière de raisonner enfermerait l'interprète dans un cercle vicieux, l'accord des parties ne reposant sur aucune loi, sinon celle à laquelle il se soumet (2). On a facilement démontré qu'il n'y a pas cercle vicieux « du moment qu'il existe une loi qui autorise et sanctionne ce choix » (3).

Cependant, la discorde demeure sur la signification de la règle. Pour les uns, le pouvoir des parties est considérable, la loi choisie l'est en quelque sorte au même titre que les stipulations du contrat ; pour les autres, la volonté rencontre des limites dans la désignation et dans l'application de la loi. Celle-ci s'impose « en bloc », le contrat y restant soumis (4) : « la loi choisie ne prend pas un caractère conventionnel et ne s'incorpore pas au contrat, c'est au contraire le contrat qui s'insère dans le cadre de la loi qui le régit » (5).

On sait que, pour M. le Doyen Batiffol (6), le rôle de la volonté est encore plus restreint, et se cantonne dans le domaine des faits ; les parties se borneraient à localiser leur contrat, et c'est en réalité le juge qui déterminerait la loi applicable.

L'enjeu de cette controverse est considérable (7), particulièrement

(1) Civ. 5 déc. 1910, préc. ; Civ. 31 mai 1932, D. P. 1933, 1, p. 169, note Crémieu ; S. 1933, 1, p. 17, note Niboyet ; Clunet 1933, p. 347.

(2) Voir sur l'exposé des controverses suscitées et l'évolution de la doctrine : Batiffol, *op. cit.*, 1938, pp. 8 et ss.

(3) Batiffol, *ibidem*, p. 16 ; *Traité*, n° 570 et ss.

(4) Batiffol, art. préc., *Mélanges* Maury, 1960, p. 39.

(5) Lerebours-Pigeonnière, par Loussouarn, n° 553, note 2.

(6) Batiffol, *Traité*, n° 565 ; *op. cit.*, 1938, pp. 8 et ss. ; *op. cit.*, 1956, n° 37 et ss. ; art. préc. 1960, p. 39. Sur la critique de cette théorie, voir par ex. : P. Louis-Lucas « La liberté contractuelle en droit international privé français », *Mélanges* Dabin 1963, T. II, p. 743.

(7) Sur l'ensemble des conséquences, Batiffol, art. préc. 1960, p. 39.

en matière d'arbitrage, où les problèmes se posent avec une intensité accrue, probablement parce que les parties se montrent désireuses d'utiliser au maximum la liberté qui leur est accordée.

138. — Nous avons dit que la loi d'autonomie devait s'appliquer non parce que l'institution a un caractère contractuel, mais parce qu'elle constitue la règle de rattachement la mieux appropriée. On reconnaît parfois (8) que l'arbitrage requiert des solutions propres, sans qu'il faille nécessairement prendre la même position en matière de contrat, ce qui nous semble confirmer notre point de vue.

Un seul point emporte l'adhésion de presque tous les auteurs : le domaine de la loi d'autonomie ne s'étend pas aux litiges d'ordre interne. En revanche, des divergences, surtout doctrinales, subsistent quant à la nécessité d'un lien entre la loi applicable et le rapport de droit litigieux. Suivant que l'on adopte l'une ou l'autre conception du principe d'autonomie, on reconnaît ou non aux parties une faculté illimitée de choix, en leur permettant notamment de soumettre la clause compromissoire à une loi différente de celle qui régit le contrat principal. Mais la tendance la plus favorable n'a pas pour effet de soumettre tous les actes qui composent l'arbitrage à une loi unique, car il faut tenir compte des rattachements obligatoires. Ceci nous amène à diviser notre étude de la façon suivante :

Section I. — L'admission d'un arbitrage international.

Section II. — La latitude laissée aux parties dans le choix de la loi applicable.

Section III. — L'autonomie de la clause compromissoire.

Section IV. — Les limites à l'application de la loi choisie par les parties.

SECTION I

L'ADMISSION D'UN ARBITRAGE INTERNATIONAL

139. — Il est reconnu de façon unanime que les parties peuvent recourir à un arbitrage international, et par conséquent choisir le droit qui lui sera applicable, dans la mesure seulement où le litige ne présente pas un caractère purement interne, fût-il français ou étranger. C'est d'ailleurs la solution adoptée en matière de contrats.

(8) Klein, art. préc. 1958, p. 279.

M. Klein (9), pour sa part, se déclare « enclin à admettre la solution plus libérale dans la mesure où il n'y a pas fraude à la loi ». Cependant, on peut répondre avec un auteur (10) que « dans ce cas il serait bien inutile que le législateur édicte des règles législatives », et avec un autre (11), que si le principe de l'autonomie de la volonté « autorise les parties à donner une solution au problème du droit applicable aux contrats internationaux, il ne les autorise pas à créer un problème là où il n'y en a pas ».

La jurisprudence est très ferme sur ce point. C'est précisément à propos de la clause compromissoire qu'elle a été amenée à dégager la notion de contrat international, avec un libéralisme remarquable. Elle s'est d'abord attachée à l'existence d'intérêts de commerce international ; puis la Cour de cassation, adoptant par là un critère propre à l'arbitrage, a déclaré celui-ci international dès que le litige à trancher l'était.

Ces deux critères guideront nos développements :

§ 1. — L'existence d'intérêts de commerce international.

§ 2. — L'existence d'un litige international.

§ 1. — *L'existence d'intérêts de commerce international.*

140. — L'arrêt de la Chambre des requêtes, rendu le 8 décembre 1914 (12), relève qu'une clause compromissoire avait été passée en pays étrangers, et entre personnes de nationalités différentes. Le 19 février 1930 (13), la Chambre civile est saisie d'une affaire où les parties, toutes deux françaises, s'étaient soumises à un arbitrage anglais en adoptant le contrat-type de la London corn association, et elle déclare : « dès l'instant que ces conventions mettent en jeu des intérêts de commerce international, et la nullité de la clause compromissoire n'étant pas d'ordre public en France, les parties, même françaises l'une et l'autre, ont pu valablement, dans un contrat conclu soit en France, soit à l'étranger, déroger aux dispositions de ce texte et se référer, pour régir leurs accords, à une loi étrangère ».

Ce sont encore les « intérêts du commerce international » qui guident les arrêts des 27 janvier 1931 et 4 juin 1934 (14), pour justifier l'extranéité de la clause compromissoire. La Cour de Paris a repris d'ailleurs ce critère pour son compte (15). Une fraction de la doctrine, tout en appré-

(9) Klein, art. préc. 1958, p. 277.

(10) Batiffol, note sous Tr. civ. Seine 7 juin 1956, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1956, 687 ; *op. cit.* 1956, p. 69, n° 30.

(11) Fragistas, art. préc.

(12) Req. 8 déc. 1914, D. P. 1916, 1, p. 194, Clunet 1916, p. 1218.

(13) Civ. 19 fév. 1930, D. H. 1930, p. 228 ; S. 1932, 1, p. 41, note Niboyet ; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1931, p. 514 ; Clunet 1931, p. 90.

(14) Civ. 27 janv. 1931, S. 1932, 1, p. 41, note Niboyet ; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1931, p. 514 ; Clunet 1932, p. 93 ; Req. 4 juin 1934, D. H. 1934, p. 361.

(15) Paris 10 avril 1957, J. C. P. 1957, II, 10 078, note Motulsky ; *Rev. crit. dr. int. pr.* 1958, p. 120, note Loussouarn ; *Rev. tr. dr. civ.*, 1958, p. 665, obs. Hébraud ; *Rev. tr. dr. com.*, 1957, p. 372, obs. Boitard ; p. 775, obs. Loussouarn ; Clunet 1958, p. 1 002, note Goldman ; *Rev. arb.*, 1957, pp. 16 et 31.

ciaut sa souplesse lui reprochait cependant d'être trop vague et plus économique que juridique (16).

141. — Le jugement du Tribunal civil de la Seine rendu le 7 juin 1956 (17) apporte une précision intéressante : bien que le contrat comportant la clause compromissoire ait été conclu en France, que le paiement ait été prévu en monnaie française, que le lieu de l'arbitrage éventuel soit Paris et qu'enfin les parties soient domiciliées en France, le Tribunal déduit cependant le caractère international du contrat du fait de la nationalité étrangère de deux des parties.

En considérant que le contrat est international dès qu'un élément, même secondaire, le relie à un pays étranger, ce jugement a suscité l'approbation parce qu'il s'est basé sur l'existence de points de rattachements « notions connues et aisément vérifiables » relève M. le Doyen Batiffol (18). L'auteur observe d'ailleurs (19) que dans ses arrêts du 19 février 1930 et du 27 janvier 1931, la Cour de cassation avait pris soin de constater que la marchandise n'était pas en France lors de la passation du contrat.

§ 2. — L'existence d'un litige international.

142. — Le 7 mai 1963 (20), la Cour de cassation fut saisie d'une affaire où une sentence italienne avait été rendue entre un Français et un Italien à propos d'une vente franco-italienne. Alors qu'elle pouvait justifier sa décision en se référant, soit au droit italien, soit même au droit français, elle proclame l'autonomie de la clause compromissoire « en matière internationale », ce qui a fait dire (21), avec raison, que le caractère « substantiellement international » du litige tranché « constitue la condition à la fois nécessaire et suffisante d'application de ce principe, sans qu'il y ait lieu de rechercher en outre si par sa propre provenance et la procédure qui y a conduit, la sentence considérée est française, étrangère ou internationale ». De même, l'arrêt rendu le 14 avril 1964 (22) admet que la clause compromissoire passée par l'Etat et insérée dans une convention de droit privé est valable « lorsque ce contrat revêt le caractère d'un contrat international ». La Cour suprême

(16) Niboyet, note sous Civ. 27 janv. 1931, S. 1932, I, p. 41 ; Batiffol, *op. cit.*, 1938, n° 70 ; note H. B. sous Tr. civ. Seine 7 juin 1956, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1956, p. 687 ; obs. Loussouarn, *Rev. tr. dr. com.*, 1957, p. 507.

(17) Tr. civ. Seine 7 juin 1956, J. C. P. 1956, II, 9 460, note Motulsky ; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1956, p. 687, note H. B. ; *Rev. tr. dr. com.*, 1957, p. 506, obs. Loussouarn.

(18) Batiffol, note préc., *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1956, p. 688.

(19) Batiffol, *ibidem* ; *op. cit.*, 1938, p. 64 in fine et note 3.

(20) Civ. 7 mai 1963, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1963, p. 615, note Motulsky ; D. 1963, p. 545, note Robert ; J. C. P. 1963, II, 13 405, note Goldman ; *Rev. tr. dr. civ.*, 1963, p. 780, note Hébraud ; *Rev. arb.*, 1963, p. 60 ; Clunet 1964, p. 32, note Bredin.

(21) Goldman, note sous l'arrêt, J. C. P. 1963, II, 13 405.

(22) Civ. 14 avril 1964, *Bull. civ. I*, n° 188, p. 145 ; S. 1964, p. 93 ; *Rev. arb.* 1964, p. 32 ; D. 1964, J., p. 637, note Robert.

confirme donc sa tradition de libéralisme en la matière, et ceci rend d'autant plus inadmissible une application du même régime aux contrats d'ordre purement interne.

SECTION II

LA LATITUDE DES PARTIES DANS LE CHOIX DE LA LOI APPLICABLE

143. — Pour certains auteurs, le choix des parties serait limité par l'existence d'un rapport nécessaire avec le contrat originaire ou le litige en cause. C'est notamment, la position qu'adopte M. Batiffol, pour qui les parties n'ont d'autre rôle que de localiser l'opération (23).

On a fait remarquer (24) avec pertinence que si c'est en cela que réside tout le pouvoir des parties, la loi d'autonomie ne constitue pas un rattachement individuel et que si, en revanche, celles-ci peuvent localiser le contrat où bon leur semble, l'explication est superflue.

Il a été dit (25) que la jurisprudence tendait à limiter le choix des parties aux droits ayant un rapport avec les éléments de l'acte, mais l'affirmation contraire est tout aussi répandue (26). Le 28 mars 1960 (27), la Cour de cassation déclare expressément que la loi applicable est « celle à laquelle il est manifeste que les parties ont eu l'intention de se référer ».

144. — Ce problème, qui soulève tant de controverses en matière de contrat, ne se pose guère à propos de la convention arbitrale. On s'accorde à reconnaître la nécessité de laisser les parties choisir le droit d'un Etat neutre (28), étant donné la fonction propre de l'arbitrage (29). D'ailleurs, pour M. Batiffol (30) l'attribution de juridiction au juge d'un pays neutre — ou le choix d'un arbitre particulièrement qualifié — peuvent suffire à justifier la soumission du contrat principal à leur loi. On sait que les tribunaux considèrent la clause compromissoire comme un indice précieux de la volonté des cocontractants sur ce point (31).

(23) Batiffol, *Traité*, n° 574 ; *op. cit.*, 1938, pp. 51 à 54 ; *op. cit.*, 1956, n° 29 ; art. préc. 1960, p. 46 et p. 58.

(24) Louis-Lucas, art. préc., p. 743.

(25) Lerebours-Pigeonnière par Loussouarn, n° 353, D. n° 1.

(26) Voir par ex. : Maury, obs. sur « Aspects philosophiques du droit international privé », *Rev. crit. dr. int. pr.* 1957, p. 228 ; P. Louis-Lucas, *op. cit.*, p. 743.

(27) Civ. 28 mars 1960, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1960, p. 202, note Batiffol.

(28) Voir Fragistas, art. préc.

(29) Voir Klein, art. préc. 1958, p. 279.

(30) Batiffol, *op. cit.*, 1938, p. 55 ; art. préc. 1960, p. 54.

(31) Voir *supra*, n°s 133 et 135.

Nous présenterons successivement :

§ 1. — La position jurisprudentielle.

§ 2. — Les Conventions internationales.

§ 1. — *La position jurisprudentielle.*

145. — La jurisprudence ne laisse place à aucun doute. L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 8 décembre 1914 (32), concernait une clause intervenue en Angleterre entre parties de nationalités différentes ; il relève que la clause était licite en droit anglais et n'était pas contraire à l'ordre public. Dans des décisions du 19 février 1930 et du 27 janvier 1931 (33), où les parties françaises s'étaient soumises à un arbitrage anglais, la Cour suprême a validé la référence à une loi « étrangère ». La Cour de Paris, le 9 décembre 1955 (34), dans une affaire où un contrat de type anglais avait été passé entre Français et Polonais, déclare explicitement que la loi de l'arbitrage est « librement choisie ».

L'arrêt de la Chambre civile du 7 mai 1963 (35) est dans la même ligne, puisque, sans s'attacher à la nationalité des parties ou de la procédure, il énonce une règle propre à l'arbitrage « international ». Nous verrons qu'il va même plus loin dans le pouvoir qu'il reconnaît aux parties de choisir le droit applicable (36).

§ 2. — *Les Conventions internationales.*

146. — Les Conventions internationales se prononcent formellement, elles aussi, en faveur de la liberté totale des parties quant au choix de la loi qui doit régir l'arbitrage. L'article 5 de la Convention de New York prévoit le refus d'exequatur au cas d'invalidité de la convention arbitrale « en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ». L'article 6 de la Convention de Genève du 21 avril 1961 reproduit cette disposition et l'article 7 accorde la même liberté aux parties pour désigner le droit que les arbitres devront appliquer au fond du litige. La loi désignée par la règle de conflit n'intervient qu'à titre supplétif. Il y a là, pour un auteur (37), un « progrès incontestable par rapport à ce que l'on considérerait jusqu'ici comme la limite de l'autonomie, la localisation du contrat ».

(32) Req. 8 déc. 1814, préc.

(33) Civ. 19 fév. 1930 ; 27 janv. 1931, préc.

(34) Paris, 9 déc. 1955, préc.

(35) Civ. 7 mai 1963, préc.

(36) Voir *infra*, n° 166.

(37) Robert « La Convention Européenne sur l'arbitrage commercial international signée à Genève le 21 avril 1961 », D. 1961, *Chr.*, p. 180.

SECTION III

L'AUTONOMIE DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE

147. — Rompant avec une tradition qui semblait bien établie, du moins en droit interne (38), la Cour de cassation déclare le 7 mai 1963 (39) « qu'en matière d'arbitrage international l'accord compromissoire, qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles qui ne sont pas alléguées en la cause, une complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte ». Cet arrêt, accueilli avec la plus grande satisfaction par la doctrine (40) et dont la formule est reprise avec empressement par la Cour de Paris (41) semble bien être en partie inspiré par les travaux du Congrès international de l'arbitrage des 11-13 mai 1961 (42), qui s'était particulièrement attaché à la question.

Nous grouperons nos développements autour des deux points suivants :

§ 1. — Les raisons d'admettre l'autonomie de la clause compromissoire.

§ 2. — L'indépendance de rattachement impliquée par l'autonomie de la clause compromissoire.

§ 1. — *Les raisons d'admettre l'autonomie de la clause compromissoire.*

148. — Le rapport de M. Klein (43) met en évidence que la plupart des pays considèrent la clause comme indépendante du contrat principal. C'est également la solution retenue par les Conventions internationales (44). Aussi, comme le remarque un auteur (45), il est apparu « doublement inopportun » d'écarter une sentence internationale rendue

(38) Voir *infra*, n° 325 et ss.

(39) Civ. 7 mai 1963, préc.

(40) Voir sous l'arrêt les notes Robert, D. 1963, p. 545 ; Goldman, J. C. P. 1963, II, 13 405, Motulsky, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1963, p. 625 ; anonyme, *Rev. arb.*, 1963, p. 60 ; voir également Motulsky « L'internationalisation du droit français de l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1963, p. 110 ; Carabiber « L'exécution des sentences arbitrales internationales », *Rev. arb.*, 1963, pp. 78 et ss. ; 1964, p. 3.

(41) Paris, 21 fév. 1964, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1964, p. 543, note Mezger.

(42) Le Congrès international de l'arbitrage, *Rev. arb.*, 1961, n° 2.

(43) Klein « Du caractère autonome et procédural de la clause compromissoire », *Rev. arb.*, 1961, p. 48 ; *Rev. crit. dr. int. pr.* 1961, p. 499.

(44) Convention de New York 1958, art. 2, § 3 ; Convention de Genève 1961, art. 5 et 6.

(45) Motulsky, note préc. sous Civ. 7 mai 1963, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1963, p. 621.

par des arbitres « sans égard à une éventuelle solidarité, non discutée devant eux et écartée par la plupart des législations, entre la clause et le contrat principal ».

L'autonomie de la clause compromissoire, au moins en matière internationale, était donc souhaitée par de nombreux auteurs (46) à cause de l'indépendance matérielle qu'elle suppose. En droit interne, en effet, la dépendance a des conséquences désastreuses, dans la mesure où la Cour de cassation refuse aux arbitres le droit de statuer sur leur investiture. Dès que la nullité du contrat principal est invoquée, celle de la clause s'ensuit automatiquement (47). C'est sous ce premier aspect d'indépendance matérielle, que l'arrêt du 7 mai 1963 a envisagé la question.

§ 2. — *L'indépendance de rattachement impliquée par l'autonomie de la clause compromissoire.*

149. — Mais les raisons invoquées en faveur de l'indépendance matérielle gardent toute leur valeur, s'il s'agit de l'indépendance de rattachement, c'est-à-dire de la possibilité de choisir, pour la clause, une loi différente de celle régissant le contrat principal. Certes, le « dépeçage » (48) du contrat permettrait cette possibilité, mais il est encore controversé. On met en avant la fonction propre de la clause compromissoire « second contrat matériellement inséré dans un autre, dans la pratique française (49) », mais qui apparaît distinct du contrat principal, parce qu'il se situe « à l'extérieur de la convention qui constitue son objet » (50). Il a été justement souligné (51) « qu'un contrat de vente dans lequel a été insérée une clause compromissoire constitue en réalité deux conventions, l'une réglant les modalités de la vente, l'autre stipulant une attribution de compétence aux arbitres en dessaisissant la juridiction de droit commun ».

150. — Cette fonction particulière rend l'indépendance de rattachement peut-être encore plus utile (52). C'est que la clause « contient en

(46) Concl. Desangles, sous Paris 22 janv. 1957, J. C. P. 1957, II, 10 165 ; note Motulsky, *ibidem* ; Forssius « L'indépendance de la clause compromissoire en droit suédois », *Rev. arb.* 1955, p. 10 ; note anonyme sous Cass. 28 janv. 1958, *Rev. arb.* 1958, p. 18 ; Klein, *op. cit.*, 1955, n° 144 ; Rapport précité, *Rev. arb.*, 1961, p. 48 ; *Rev. crit. dr. int. pr.* 1961, p. 499 ; « La Convention Européenne sur l'arbitrage international », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1962, p. 621 ; Holleaux, art. préc., *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1956, pp. 177-180 ; Mezger, note sous Orléans 15 mai 1961, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1961, p. 779.

(47) Voir *infra*, n° 325 et ss.

(48) Voir Batiffol, *op. cit.*, 1938, p. 65.

(49) Motulsky, note préc. sous Civ. 7 mai 1963, p. 620.

(50) Motulsky, *ibidem*.

(51) Forssius, art. préc. *Rev. arb.*, 1955, p. 16.

(52) Aux auteurs cités n° 148, note 46, ajouter Mezger, art. préc., 1960, p. 273, p. 282 ; Bredin, art. préc. Clunet 1961, p. 638, p. 646 ; Klein, *op. cit.*, 1955, p. 248 ; rapport préc. *Rev. arb.*, 1955, p. 49.

germe », suivant la remarque d'un auteur (53) « un mécanisme dont la mise en œuvre déborde aussitôt le plan contractuel ».

D'ailleurs, l'autonomie de la clause compromissoire ne fait aucun doute pour les partisans du rattachement territorial (54) dont la théorie n'exclut pas, évidemment, l'application de la loi d'autonomie au contrat principal.

M. Klein (55) a montré qu'il y a une « évidente et nécessaire séparation » entre la loi qui régit l'arbitrage et celle applicable au contrat principal, du fait que le droit que les arbitres auront à appliquer au fond du litige est donné par les règles de conflits de la loi de l'arbitrage (56) ; et l'auteur insiste sur l'hypothèse — rare sans doute où les règles de rattachement de la loi de l'arbitrage indiquent un droit autre que celui voulu par les parties.

Si l'indépendance en matière de rattachement ressort de l'autonomie de la clause compromissoire proclamée par la Cour de cassation, il ne s'ensuit pas, ainsi qu'on l'a remarqué (57), que la présomption, édictée par l'arrêt à propos de l'indépendance matérielle, doive s'appliquer au choix de la loi. La juridiction suprême a simplement « laissé la porte ouverte à deux composantes législatives différentes » (58). Elle a eu raison, car dans la généralité des cas, la même loi est choisie pour régir le contrat principal et la clause compromissoire (59). C'est ainsi qu'on devra l'entendre si les parties n'ont rien précisé.

SECTION IV

LES LIMITES A L'APPLICATION DE LA LOI CHOISIE PAR LES PARTIES

151. — Soumettre l'arbitrage à la loi d'autonomie, soit parce qu'on l'envisage comme une institution conventionnelle, soit à plus juste titre, selon nous, parce que s'y retrouvent les mêmes nécessités qu'en matière de contrats, permet d'assurer au maximum l'unité de la loi applicable.

La thèse juridictionnelle conduit en effet à un morcellement exagéré. Ainsi, la forme des actes accomplis par les arbitres, devrait être soumise à la *lex fori*, c'est-à-dire à la loi du lieu où ils « opèrent », car les

(53) Klein, rapport préc., *Rev. arb.*, 1961, p. 49.

(54) Voir Sauser-Hall, *op. cit.*, p. 561.

(55) Klein, *op. cit.*, 1955, p. 248 ; Rapport préc. *Rev. arb.*, p. 49.

(56) Voir *infra*, n° 157.

(57) Goldman, note préc. sous l'arrêt, J. C. P. 1963, II, 13 405 ; Motulsky, note préc. sous l'arrêt, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1963, p. 624.

(58) Goldman, *ibidem*.

(59) Sur la clause compromissoire en tant qu'indice de la loi régissant le contrat principal, voir *supra*, n°s 133 et 135.

règles auxquelles ils obéissent pour rendre la sentence sont des règles de procédure proprement dites (60).

Au contraire, dans la théorie contractuelle, les arbitres accomplissent des actes juridiques en vertu d'un contrat privé (61) ; ils seront donc soumis à l'application de la règle « locus regit actum » qui, à l'inverse de la lex fori applicable à la procédure, a un caractère facultatif (62).

Dans l'optique juridictionnelle, on assimile souvent, et à tort (63), l'arbitrage à une prorogation de for. M. le Professeur Sauser-Hall en déduit, à propos des voies de recours, que l'ensemble de l'arbitrage devrait être lié au pays où il se déroule. Un auteur (64) avait déjà attiré l'attention sur le fait qu'il y a là une confusion entre le droit international privé et le droit interne. Pour savoir si une telle intégration territoriale est nécessaire, il faut d'abord rechercher le système juridique auquel l'arbitrage est soumis, et vérifier s'il l'exige (65).

152. — Mais sous cet angle, la théorie juridictionnelle entraîne une conséquence beaucoup plus grave : elle aboutit à la scission de l'effet négatif de la convention arbitrale — dessaisissement de la juridiction de droit commun — et de son effet positif — saisine de la juridiction arbitrale (66).

Il est établi que l'effet négatif doit être déterminé par la lex fori de la juridiction exclue, l'effet positif par la lex fori de la juridiction saisie, en l'espèce la loi du siège. La soumission de l'arbitrage à la loi choisie par les parties a le mérite d'éviter un tel inconvénient. Cependant, l'unité de la loi applicable ne peut toujours être sauvegardée, il reste des rattachements obligatoires.

Si l'on veut délimiter son domaine exact, il convient de reprendre la distinction proposée par M. Mezger (67) entre l'application de la loi d'autonomie à la procédure de l'arbitrage, et son application à la convention arbitrale, où elle va subir certaines limitations ; les restrictions imposées au pouvoir de compromettre en fournissent une illustration instructive. En revanche, la loi d'autonomie retrouve partiellement son empire lorsqu'il s'agit de déterminer le droit qui doit régir le fond du litige. Ceci nous conduit à envisager dans deux paragraphes :

§ 1. — Le pouvoir de compromettre.

§ 2. — La loi applicable au fond du litige.

(60) Bartin, *op. cit.*, p. 407.

(61) Batiffol, *Traité*, n° 722.

(62) Sur le fondement de ce caractère facultatif, voir Batiffol, *Traité*, n° 729.

(63) Voir *supra*, n° 127.

(64) Balladore-Pallieri, *op. cit.*, p. 318.

(65) En ce sens, Klein, *op. cit.*, 1955, p. 230 ; Aubert, note sous Tr. cant. Vaud, 12 fév. 1957, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1958, p. 358 et p. 373.

(66) En ce sens, Aubert, note préc. ; Mezger, note sous Tr. civ. Hambourg, 12 nov. 1957, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, p. 106 ; art. préc. 1960, p. 284 et note 24.

(67) Mezger, art. préc., p. 282.

§ 1. — *Le pouvoir de compromettre.*

153. — La capacité requise des parties n'offre pas de difficulté : elle doit être envisagée en fonction de la loi du pays où celles-ci voudront se prévaloir de la sentence, qui exigera sans doute qu'elles aient été capables de conclure un compromis suivant leur loi personnelle, principe traditionnel de rattachement en matière de capacité (68). Mais il faut également consulter la loi de l'arbitrage, car les actes que les parties seront amenées à faire devant les arbitres devront être valables d'après le droit désigné pour régir le fond du litige. Il va de même pour le pouvoir des mandataires, gérants de sociétés, syndics de faillite (69).

Quant à la faculté de compromettre, les règles qui la régissent doivent être déterminées suivant la distinction présentée par Martin (70), et reprise depuis par la majorité des auteurs (71), entre les interdictions propres à l'arbitrage, telle en France la clause compromissoire en matière civile et celles propres au litige, concernant la soumission du rapport de droit litigieux à ce mode de justice privée.

154. — Une certaine doctrine, répandue surtout en Allemagne et en Italie (72), analysant la convention arbitrale en une convention de prorogation de juridiction, soumet le pouvoir de compromettre tout entier à la loi qui aurait été compétente en l'absence de recours à l'arbitrage. On a fait remarquer (73) que cette théorie est difficilement applicable, au cas où le compromis exclut la compétence de plusieurs juridictions, ce qui se produit toujours lorsque c'est d'une clause compromissoire internationale qu'il s'agit. En outre, elle ne s'attache qu'à l'effet négatif de la convention arbitrale dont l'effet positif bien plus substantiel, comme on l'a souligné (74), est la création « d'un mécanisme de droit privé, permettant de résoudre certains litiges ».

Un auteur (75), par réaction, est allé jusqu'à nier cet effet négatif. Pour lui, on ne soustrait pas un litige à la compétence d'un tribunal judiciaire : « On ne lui ôte pas un litige qui était de son ressort, on empêche un litige de devenir de son ressort, ce qui est évidemment tout autre chose ».

C'est là une position certainement outrancière, et l'on a parfaitement montré (76) que lorsqu'il s'agit d'un compromis, principalement

(68) Batiffol, *Traité*, n° 413 ; *op. cit.*, 1938, pp. 325 et ss.

(69) En ce sens, Klein, *op. cit.*, 1955, p. 252.

(70) Martin *op. cit.*, pp. 610 et ss.

(71) Balladore-Pallieri, *op. cit.*, 1935, p. 331 ; Sauser-Hall, *op. cit.* 1952, p. 555 ; Klein, *op. cit.*, 1955, p. 257 ; art. préc. 1958, p. 269 ; Mezger, art. préc. 1960, p. 283.

(72) MM. Balladore-Pallieri (*op. cit.*, 1935, p. 322) et Klein (*op. cit.*, 1955, p. 254) l'exposent longuement.

(73) Sauser-Hall, *op. cit.*, 1952, p. 552 ; Klein, *op. cit.*, 1955, p. 256.

(74) Klein, art. préc. 1958, p. 267.

(75) Balladore-Pallieri, *op. cit.*, p. 324.

(76) Klein, *op. cit.*, 1955, pp. 256-257.

d'un compromis passé en cours d'une instance étatique — mais ne différant en rien pour cela d'une convention conclue avant tout procès —, il y a bien dessaisissement du magistrat. Cette thèse a cependant le mérite de souligner la suprématie de l'effet positif de la convention arbitrale.

D'ailleurs, le problème de la loi compétente se pose différemment pour les deux aspects du pouvoir de compromettre.

155. — Aux interdictions propres au litige, partisans de la conception contractuelle et partisans de la conception juridictionnelle de l'arbitrage s'accordent à appliquer le droit régissant le fond du litige, donné pour les premiers, par la loi de l'arbitrage, pour les seconds, par la loi du siège (77).

En effet, la plupart des matières que les Etats interdisent de soumettre à l'arbitrage touchent à la personne, et le rattachement par conséquent est soustrait à la volonté des intéressés. Il ne s'agit pas d'interdictions concernant l'arbitrage, mais les droits eux-mêmes. Suivant une juste remarque « si les parties ne peuvent régler par elles-mêmes les questions concernant ces droits, on comprend tout de suite qu'elles ne peuvent pas non plus les régler en instituant un arbitrage » (78).

C'est pourquoi nous croyons devoir écarter l'opinion de M. le Conseiller Holleaux (79) : celui-ci, dans son désir de soumettre autant que possible l'arbitrage à une loi unique, incline à résoudre la question de savoir si l'objet du litige est, de par sa nature, susceptible d'arbitrage par référence à la loi de l'arbitrage « puisque c'est cette loi qui définit les conditions et les limites où peut intervenir une procédure arbitrale, et ces limites étant une question qui dépend normalement de la loi « procédurale ».

156. — Les interdictions propres à l'arbitrage, dans la théorie juridictionnelle, dépendent évidemment de la loi du siège (80), alors que la thèse contractuelle les soumet à la loi d'autonomie, parce que « la loi qui régit le compromis déterminera aussi l'usage que les parties peuvent en faire, le contenu qu'elles peuvent y donner ». Une illustration éclatante en est fournie par la jurisprudence relative à l'interdiction de la clause compromissoire en matière civile. La Cour de cassation a parfaitement admis que les parties peuvent s'y soustraire, dès que sont en jeu des intérêts de commerce international, en se soumettant à une loi étrangère qui ignore cette prohibition (81).

§ 2. — La loi applicable au fond du litige.

157. — Celle-ci ne doit pas être confondue avec la loi de l'arbitrage ; il ne s'agit plus de définir la « méthode de solution » (82) mais de dégager

(77) Voir *infra*, n° 157.

(78) Balladore-Pallieri, *op. cit.*, p. 331.

(79) Holleaux, *Rev. crit. dr. int.*, 1956, p. 180.

(80) Bartin, *op. cit.*, p. 610 ; Niboyet, *Traité*, T. V. 2, n° 1989 ; Sauser-Hall, *op. cit.*, pp. 555, 595.

(81) Voir n° 84, note 5.

(82) Klein, *op. cit.* 1955, p. 246.

le droit substantiel qui régira le fond du litige. Et l'on a souvent fait remarquer (83) que pour découvrir ce droit, les arbitres doivent d'abord appliquer des règles de conflits de lois.

Dans la théorie juridictionnelle, ainsi que pour M. Sauser-Hall (84) l'arbitrage étant régi par la loi du siège, c'est le droit du pays de l'arbitrage qui s'impose aux arbitres. On a fait remarquer (85) cependant que l'autonomie de la volonté risquait bien d'influencer le système de conflits de lois applicable, puisque les parties pouvaient atteindre le même résultat en fixant elles-mêmes le lieu de la procédure de l'arbitrage.

Pour les partisans de l'adoption de la loi d'autonomie (86), les arbitres doivent employer les règles de conflits de la loi choisie par les parties pour régir l'arbitrage. On aboutit alors au résultat souligné par un auteur (87), à savoir que l'autonomie de la volonté se voit reconnaître un domaine plus large que celui qui lui est normalement attribué, puisque les parties choisissent aussi les règles de droit international privé applicables à leur litige.

158. — Deux sortes de difficultés sont susceptibles de se présenter :

— Dans la mesure où le système juridique de la loi de l'arbitrage soumet l'autonomie de la volonté à des restrictions, les règles de conflit risquent d'indiquer pour régir le fond une loi autre que celle voulue par les parties. Les auteurs sont d'accord pour considérer (88) que dans ce cas, la convention arbitrale n'en est pas moins valable. Mais la loi voulue par les parties ne pourra intervenir que sur les points où la loi désignée par les règles de conflits la tolère, soit qu'elle admette une dérogation à ses propres règles en vertu de la liberté des conventions, soit que les arbitres aient été déclarés amiables compositeurs et qu'elle envisage cette faculté.

— Il se peut en outre que les parties désirent que soit appliquée au fond du litige une loi différente de celle désignée par les règles de conflits de la loi qu'elles ont choisie pour régir l'arbitrage. Il nous semble que dans la mesure où l'on reconnaît aux parties une faculté de choix non limitée à une loi en relation avec le rapport litigieux, un tel « dépeçage » doit être possible.

C'est d'ailleurs ce qu'exprime la Convention de Genève de 1961, dont l'article 7 donne entière liberté aux parties de déterminer le droit applicable au fond du litige ; ce n'est qu'à défaut d'indications sur ce point que les arbitres appliqueront la loi désignée par les règles de conflits « qu'ils jugeront appropriée en l'espèce ».

(83) Klein, *ibidem* ; art. préc., *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1962, p. 621, p. 634 ; Fragistas, art. préc., p. 9.

(84) Sauser-Hall, *op. cit.*, pp. 571-572.

(85) Fragistas, art. préc., p. 9.

(86) Balladore-Pallieri, *op. cit.*, p. 354 ; Klein, *op. cit.* 1955, p. 248 ; Rapport au congrès international de l'arbitrage, *Rev. arb.*, 1961, p. 49 ; Holleaux, art. préc., *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1956, p. 180 ; Fragistas, art. préc., p. 9.

(87) Fragistas, *ibidem*.

(88) Klein, *op. cit.*, *ibidem* ; rapport préc., *ibidem* ; Holleaux, art. préc., p. 180 ; Mezger, art. préc. 1960, p. 281.

CHAPITRE III

LE PROBLEME DE L'AUTONOMIE ABSOLUE DE LA VOLONTE EN MATIERE D'ARBITRAGE

159. — Du moment où l'on accepte que les parties choisissent une loi sans aucun lien avec leur opération, en rejettent telle ou telle disposition, ou stipulent qu'elle régira leur contrat même si elle vient à être abrogée, il semble leur être permis de ne soumettre leur contrat à aucune loi positive. En effet, on a dit que (1) dans ce système « la loi choisie devient une stipulation contractuelle, elle peut être l'objet de modifications, de distinctions, de conditions aussi bien que les autres stipulations du contrat ».

Cependant, une bonne part de la doctrine (2) se refuse énergiquement à admettre que l'autonomie de la volonté puisse se voir conférer ce caractère absolu.

On fait en général deux sortes d'objections (3) :

— Sur le plan théorique, le consentement ne peut obliger par sa seule force ; il faut une loi civile qui lui accorde sa sanction. Les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, mais il faut qu'elles soient « légalement » formées. Commentant l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 21 juin 1950, M. le Doyen Batiffol (4) s'exprime ainsi : « la loi détermine dans quelles conditions elle considérera le consentement comme échangé librement et en connaissance de cause. Et sur le terrain final de la sanction, on ne voit guère comment un juge pourrait donner

(1) Batiffol, art. préc. 1960, p. 47.

(2) Batiffol, *Traité*, n° 577 ; *op. cit.*, 1956, n° 43 et ss. ; art. préc. 1960, p. 50 ; note sous Civ. 21 juin 1950, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1950, p. 609 ; note sous sentence Pt Cassin, 10 juin 1955, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1956, p. 104 ; Lerebours-Pigeonnière par Loussouarn, n° 353, note 2 ; Niboyet, note sous Paris 24 avril 1940, S. 1942, 2, p. 29 ; Hamel, note sous Civ. 21 juin 1950, D. 1951, p. 749 ; P. Louis-Lucas, art. préc., *Mélanges Dabin*, 1963, T. II, p. 743, n° 28 ; Klein, art. préc. 1958, p. 481 ; art. préc., 1962, p. 621, p. 634 ; Aubert, note préc., *Rev. crit. dr. int. pr.* 1958, p. 369.

(3) Voir en particulier Batiffol, *Traité*, n° 577 ; art. préc. 1960, p. 50 ; Klein, art. préc. 1958, p. 481 ; Aubert, note préc. ; Motulsky, note sous Paris 22 janv. 1957, J. C. P. 1957, II, 10 165.

(4) Batiffol, note préc. sous Civ. 21 juin 1950.

force obligatoire à un contrat si la loi ne lui en donnait pas l'ordre ». Niboyet (5), qualifiant l'autonomie absolue de « véritable principe d'anarchie juridique », analysait les stipulations des intéressés comme le simple « levain qui met en marche le mécanisme législatif du contrat ».

160. — Sur le plan pratique, il faut bien convenir que la volonté des parties est incapable de tout prévoir et de tout régler ; les différends naissent généralement sur des points qui n'ont pas été envisagés. M. Batiffol (6) met l'accent sur le fait que la « recherche de la volonté prétendue implicite des contractants dissimule généralement mal l'insertion du contrat dans un ensemble de règles légales ou jurisprudentielles », et que l'on est fatalement amené à faire appel au droit naturel (7). L'auteur admet ailleurs (8), à la suite de Ripert (9), que l'on peut trouver dans le droit civil des contrats, des principes dont la généralité en droit comparé, permet de les considérer comme un droit commun, valable aussi pour les rapports internationaux ; mais il reste que de nombreux problèmes ne manquent pas de surgir en pratique. La sentence rendue par le Président Cassin le 10 juin 1955 (10) révèle assez les difficultés qu'il a rencontrées pour concilier l'exigence de la bonne foi et celle du respect des clauses claires et précises.

En outre, le contrat met en jeu le sort des tiers, et l'on voit mal comment laisser aux parties la faculté de régler comme elles l'entendent les effets de leur convention vis-à-vis de ceux-ci.

161. — Ces arguments ne manquent pas de force. Sur le plan théorique, il ne semble pas qu'il y ait une impossibilité logique à ce que la loi soit antérieure au contrat, car là encore, on peut dire que l'autonomie absolue de la volonté n'est susceptible d'engendrer les effets que dans la mesure où une loi — antérieure — l'admet. Mais les objections sur le plan pratique n'en gardent pas moins toute leur valeur. Nous croyons cependant qu'à ce point de vue, l'arbitrage requiert une solution autonome, parce qu'il s'inscrit dans un contexte qui permet précisément d'éliminer ces objections.

En général, les tentatives de détacher les rapports juridiques de toute loi nationale sont vouées à l'échec, car, suivant la prévision d'un auteur (11) « on refera vite l'expérience de la nécessité de formules positives pour ménager une certaine sécurité ». Or, en matière d'arbitrage, au contraire, la tendance à l'admission de l'autonomie absolue de la volonté se fait de plus en plus forte. C'est que celle-ci remplit alors une fonction

(5) Niboyet, note préc. sous Paris 24 avril 1940.

(6) Batiffol, art. et note préc.

(7) Sur les rapports entre le droit international privé et le droit naturel, voir Batiffol, « La Philosophie du droit », *Que sais-je ?* 1960 ; Franceskakakis, « Droit naturel et Droit international privé », *Mélanges Maury* 1960, T. I, p. 113.

(8) Batiffol, note sous sentence Pt Cassin, 10 juin 1955, préc.

(9) Ripert, *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 1933, T. II, p. 569.

(10) Sentence Pt Cassin, 10 juin 1955, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1956, p. 604.

(11) Batiffol, note préc. sous Civ. 21 juin 1950.

particulière : elle favorise la coopération à un droit véritablement international, et ceci justifie, croyons-nous, qu'elle bénéficie d'un sort particulier.

Nous essayerons de le montrer en divisant nos développements de la façon suivante :

Section I. — L'autonomie absolue de la volonté et le droit positif.

Section II. — La vitalité de la tendance à l'autonomie absolue en matière d'arbitrage.

Section III. — La légitimité de l'autonomie absolue de la volonté au regard de l'arbitrage.

SECTION I

L'AUTONOMIE ABSOLUE DE LA VOLONTE ET LE DROIT POSITIF

162. — Le contraste entre la position de la Cour de cassation à l'égard des contrats et la tendance qui se dessine dans sa jurisprudence à l'égard de l'arbitrage est fort instructif. Il confirme encore que l'application de la loi d'autonomie à l'arbitrage est fonction, non du caractère contractuel de celui-ci, mais de la nécessité de lui choisir des règles de rattachements appropriés.

Avant l'arrêt rendu dans l'affaire dite « des Messageries Maritimes » par la Chambre civile le 21 juin 1950 (12), on pouvait hésiter sur l'attitude de la Cour de cassation. Les arrêts des 5 décembre 1910, 15 mai 1935 et 19 octobre 1938 (13) sont certainement favorables à l'admission de l'autonomie absolue de la volonté. La Cour de cassation belge de son côté, le 24 février 1938 (14), admet que le juge du fond n'ait pas « fait application des lois étrangères comme telles, mais des dispositions légales étrangères invoquées et insérées par les parties dans leur convention, et devenues, par conséquent, des dispositions conventionnelles ».

Or, le 21 juin 1950, la Chambre civile est saisie d'un pouvoir dirigé contre l'arrêt rendu par la Cour de Paris le 24 avril 1940 (15), qui avait

(12) Civ. 21 juin 1950, D. 1951, p. 749, note Hamel ; S. 1951, I, p. 1, note Niboyet ; J. C. P. 1950, II, 5 812, note Lévy ; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1950, p. 609, note Batiffol.

(13) Civ. 5 déc. 1910, S. 1911, 1, p. 129 ; 15 mai 1935, S. 1935, 1, p. 244 ; *Rev. crit. int. pr.*, 1936, p. 463 ; *Nouv. Rev. dr. int. pr.*, 1935, p. 341 ; Req. 19 oct. 1938, *Nouv. Rev. dr. int. pr.*, 1939, p. 152.

(14) Cass. belge, 24 fév. 1938, D. P. 1938, 1, p. 57, note Philonenko ; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1938, p. 661, note Wigny.

(15) Paris 24 avril 1940, S. 1942, 2, p. 29, note Niboyet.

déclaré la société demanderesse « mal fondée à prétendre que le contrat devait être nécessairement rattaché à la loi d'un Etat ».

L'arrêt est cassé, au motif que « tout contrat international est nécessairement rattaché à la loi d'un Etat ».

C'était le rejet non équivoque de l'autonomie absolue de la volonté.

La question n'était cependant pas close, du moins dans le domaine de l'arbitrage, où une partie importante de la doctrine se montre favorable à l'admission de cette faculté (16).

Ce sont les Conventions internationales qui ont fait rebondir le problème, et elles n'ont certainement pas été étrangères à l'évolution de la jurisprudence française.

C'est pourquoi, nous étudierons dans deux paragraphes :

§ 1. — Les Conventions internationales.

§ 2. — La jurisprudence française.

§ 1. — *Les Conventions internationales.*

163. — Dans le rapport présenté aux Nations-Unies le 13 mars 1953 (17), la Chambre de commerce internationale envisageait une sentence « détachée de toute législation nationale », donnant ainsi la primauté à une autonomie absolue de la volonté, capable d'écarter même les lois impératives. Mais les Etats, voyant dans cette proposition une atteinte possible au principe de souveraineté, n'ont pas suivi. La Convention de New York du 10 juin 1958 vise encore la reconnaissance et l'exécution des sentences « étrangères », comme le mentionne son titre, et non « internationales ». Cependant, une innovation capitale, due à l'initiative de la Chambre de commerce internationale, figure dans l'article 5, § 1, d, qui prévoit que l'exequatur peut-être refusé « si la constitution du tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la convention des parties ou, à défaut de convention, qu'elle n'a pas été conforme à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu ». Sur le plan de la procédure, la convention arbitrale l'emporte donc sur la législation des Etats.

(16) Bruns et Motulsky, art. préc., *Rev. int. dr. comp.*, 1957, p. 717 ; Motulsky, note sous Paris 22 janv. 1957, *J. C. P.* 1957, II, 10 165 ; « L'évolution récente en matière d'arbitrage international », *Rev. arb.*, 1959, p. 2 ; note préc. sous Civ. 7 mai 1963 ; art. préc., *Rev. arb.*, 1963, p. 115 ; Desangles, concl. sous Paris 22 janv. 1957, *J. C. P.* 1957, II, 10 165 ; Holleaux, art. préc., *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1956, p. 177 ; Maury, art. préc., *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1957, p. 228 ; Fragistas, art. préc., *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1960, p. 1 ; Carabiber, « L'arbitrage international de droit privé », 1960, p. 70 ; L'évolution de l'arbitrage commercial international », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international*, 1960, p. 141 ; « L'évolution de la jurisprudence en matière d'exécution des jugements étrangers et des sentences arbitrales étrangères et internationales », *Rev. arb.*, 1961, p. 182 ; « L'exécution des sentences arbitrales internationales », *Rev. arb.* 1963, p. 78 ; 1964, p. 4 ; Kahn, « La vente commerciale internationale », Paris 1961 ; Fouchard, « L'arbitrage commercial international », thèse Dijon 1963 ; Goldman, « Le droit des sociétés internationales », *Clunet* 1963, p. 320.

(17) Brochure de la Chambre de commerce internationale, n° 174, p. 7.

Un auteur (18) concède difficilement qu'il y ait là une consécration de l'autonomie absolue, puisque, quant au fond, la convention arbitrale et la sentence restent régies par une législation déterminée et il se demande « comment admettre, dès lors, que les parties aient la faculté d'instaurer une procédure arbitrale se déployant dans un vide législatif ».

164. — Cependant, M. le Professeur Motulsky (19), pour qui la Convention est parfaitement claire sur ce point, remarque que la procédure précède toujours le droit substantiel : « ce n'est pas un paradoxe, mais un fait historique et sociologique ». D'ailleurs, l'auteur avait parfaitement pressenti l'évolution en écrivant, au lendemain de la signature de la Convention de New York, qu'elle ouvrait « largement la voie à l'admission de la même solution en ce qui concerne le droit substantiel » (20). La tendance à dégager l'arbitrage de l'emprise des droits nationaux est très accentuée dans la Convention de Genève du 21 avril 1961. Sur le plan de la procédure, elle reprend dans son article 9, d, les termes mêmes de la Convention de New York, mais de plus, on y trouve des ingérences sérieuses dans les législations nationales (21). Son but étant de régler le déroulement de l'arbitrage, M. Klein (22) lui-même observe « qu'il paraissait tentant d'aborder cette matière en vue d'établir, sur le plan européen, un arbitrage proprement international, au sens nouveau du terme ».

§ 2. — La jurisprudence française.

165. — Depuis l'arrêt rendu par la Chambre civile le 21 juin 1950, on ne trouvait pas, dans la jurisprudence française, de décisions directement favorables à l'autonomie absolue, en matière d'arbitrage, à l'inverse de la jurisprudence italienne et de la jurisprudence suisse qui en offrent certains exemples (23). Mais on pouvait remarquer des efforts en ce sens. Sans aller jusqu'à dire, comme l'a fait un auteur (24), que, dans l'arrêt de la Cour de Paris du 10 avril 1957 (25), « s'affirme la théorie de l'autonomie absolue de la volonté », on a justement noté (26), à

(18) Klein, art. préc., *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, p. 493 ; l'auteur fait les mêmes réserves sur la Convention de Genève du 21 avr. 1961 (art. préc. *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1962, p. 623).

(19) Motulsky, art. préc., *Rev. arb.*, 1963, p. 117.

(20) Motulsky, art. préc., *Rev. arb.*, 1959, p. 2 ; voir ég. Bruns et Motulsky, art. préc., *Rev. int. dr. comp.*, 1957, p. 727.

(21) Voir *infra*, n^{os} 182 et ss.

(22) Klein, art. préc. 1962, p. 626 ; voir également Motulsky, art. préc., *Rev. arb.*, 1963, p. 110.

(23) Cass. It. 30 oct. 1946, Les Arbitrages de la Chambre de commerce internationale en Italie, pp. 86 et ss. ; 27 mars 1954, *Rev. arb.*, 1955, n^o 4, p. 107 ; Trib. cant. Lausanne, 24 nov. 1948, *Journal des Tribunaux de Lausanne* 1949, III, p. 121 ; Sentence Trib. arb. int., 24 déc. 1954, *Rev. arb.* 1955, p. 29 ; voir Carabiber, art. préc., *Rev. arb.*, 1964, p. 4.

(24) Carabiber, *op. cit.*, 1960, p. 70, *in fine*.

(25) Paris, 10 avril 1957, J. C. P. 1957, II, 10 078, note Motulsky.

(26) Hébraud, obs. *Rev. civ. dr. tr.*, 1958, p. 670 ; Motulsky, note sous l'arrêt, J. C. P. 1957, II, 10 165 ; art. préc., *Rev. arb.*, 1959, p. 6.

propos de l'arrêt rendu le 22 janvier 1957 (27), que le Ministère public, en établissant comme principe que le caractère international du contrat suffisait à rendre valable des stipulations qui ne l'auraient pas été en droit interne, proposait par là-même une solution qui suppose la volonté habile à détacher la convention arbitrale de toute loi nationale et de tout système étatique (28).

166. — Cependant, un régime juridique propre à l'arbitrage international s'élaborait indirectement. L'absence de motivation n'est plus considérée comme un obstacle à l'exequatur de la sentence ; les voies de recours se différencient ; l'ordre public « international » est conçu de façon de plus en plus restrictive (29). Sans doute, il ne s'agit là encore que de règles édictées en faveur d'une sentence étrangère, non internationale, mais qui témoignent de la prise de conscience des nécessités du commerce « international ». Plus révolutionnaire apparaît le cantonnement au droit interne de l'interdiction de compromettre de la part de l'Etat qui, pour de nombreux auteurs, ne peut se justifier que par la reconnaissance d'un ordre juridique proprement international, surtout depuis la décision de la Cour de cassation du 14 avril 1964 (30). C'est pourquoi l'arrêt rendu le 7 mai 1963 (31) est moins surprenant qu'il ne semble de prime abord. En proclamant la complète autonomie juridique de la clause compromissoire « en matière d'arbitrage international », et par là-même, en consacrant l'autonomie absolue de la volonté, puisqu'il s'agit d'une règle originale sans rapport avec la nationalité de la sentence (32), la décision nous paraît parfaitement s'inscrire dans le cadre de l'évolution que nous avons retracée.

SECTION II

LA VITALITE DE LA TENDANCE A L'AUTONOMIE ABSOLUE EN MATIERE D'ARBITRAGE

167. — Si l'on considère le « milieu » international dans lequel s'insère l'arbitrage, on se rend immédiatement compte de ce que l'auto-

(27) Paris, 22 janv. 1957, J. C. P. 1957, II, 10 165, note Motulsky ; D. 1957, p. 566, note J. R.

(28) La Cour n'a pas eu à se prononcer : elle a admis qu'en droit interne même, les arbitres pouvaient statuer sur leur investiture.

(29) Voir *supra*, n^{os} 84 et ss.

(30) Voir *supra*, n^{os} 100 et ss.

(31) Civ. 7 mai 1963, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1963, p. 615, note Motulsky ; D. 1963, p. 545, note Robert ; J. C. P. 1963, II, 13 405, note Goldman ; *Rev. tr. dr. civ.*, 1963, p. 780, note Hébraud ; *Rev. arb.* 1963, p. 60 ; *Clunet* 1964, p. 82, note Bredin.

(32) Voir Goldman, note préc., sous l'arrêt ; Motulsky, note préc. sous l'arrêt et Hébraud obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1958, p. 670.

nomie absolue de la volonté est un moyen de parvenir à l'accomplissement d'un arbitrage véritablement supranational. Or, comme on l'a remarqué, ce dernier est un fait social évident. Lorsque les parties confient leurs différends à la cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, elles n'imaginent pas un arbitrage régi par le droit d'un Etat déterminé, mais au contraire, elles « ont l'impression de soumettre leur litige à un arbitrage qui se trouve en dessus de tout ordre étatique » (33).

C'est la raison pour laquelle, « la tension inhérente à l'arbitrage international est tellement forte qu'elle cherche à briser les cadres mêmes dans lesquels le droit international privé enserre les relations humaines » (34). Or la volonté joue un rôle exceptionnel dans l'arbitrage, qu'on a pu définir (35) « comme une action de particuliers sur des particuliers, en vertu de pouvoirs conférés par des particuliers ».

Dans les règles normales de conflits de lois, le droit choisi régit le rapport litigieux, dans son ensemble ; ici, la procédure est soumise à la loi d'autonomie, qui s'applique même au fond du litige d'après la Convention de Genève (36) ; la volonté retrouve de toute façon son empire si les parties sont admises, comme c'est le cas presque général, à user de la clause d'amiable composition. Il est inéluctable qu'elle s'emploie à écarter l'application des règles de droit nationales ou des règles de conflits, particulièrement peu faites pour ces problèmes (37), qui se situent « aux confins des catégories juridiques admises » (38).

La recherche active d'un droit qui ne soit pas national tient en effet à deux clauses qu'il nous faut maintenant analyser :

§ 1. — L'absence de système juridique adapté au commerce international.

§ 2. — La diversité des règlements nationaux sur l'arbitrage.

§ 1. — *L'absence de système juridique adapté au commerce international.*

168. — Pour la majorité des auteurs, la fortune prodigieuse de l'arbitrage dans le domaine international (39) s'explique par le fait qu'il n'est pas seulement destiné, comme en droit interne, à donner aux parties un droit ou un mode de règlement mieux approprié à leur litige, et à permettre d'éviter les juridictions étatiques, mais à suppléer à l'inexistence de juridictions internationales de droit privé, à combler ce qu'un auteur

(33) Fragistas, art. préc.

(34) Motulsky, art. préc. *Rev. arb.*, 1959, p. 2.

(35) Bruns et Motulsky, art. préc.

(36) Voir *supra*, n° 158.

(37) Voir en ce sens Batiffol, note préc. sous sentence Pt Cassin, 10 juin 1955 ; *op. cit.*, 1956, p. 98, n° 43 ; David, « Arbitrage et droit comparé », *Rev. int. dr. comp.*, 1959, p. 14.

(38) Batiffol, note préc.

(39) Voir par ex. : Klein, *op. cit.*, 1955, p. 10 ; Kopelmanas, art. préc., *Rev. tr. dr., com.*, 1957, p. 879 ; Ancel, « L'arbitrage commercial international », *Annales économiques*, 1^{re} série 1948, p. 29 ; Carabiber, *op. cit.* 1960 ; Cours préc. 1960, p. 125 ; Bruns et Motulsky, art. préc. ; Motulsky, art. préc., *Rev. arb.*, 1959, p. 3 ; p. 117.

appelle le vide juridictionnel (40). On a insisté à juste titre sur cet aspect (41), car la crainte de porter le litige devant un Tribunal du pays de la partie adverse est un mobile puissant du recours à un arbitrage « neutre ». De plus, à l'heure actuelle, l'utilisation d'un droit non national n'est concevable que par des arbitres. Or l'absence de ce droit non national est fort mal palliée par les règles des droits internationaux privés, qui ne peuvent donner avec certitude l'issue d'un litige. A l'ignorance des lois étrangères s'ajoute, suivant une formule imagée le « spectre redoutable des conflits de lois » (42).

169. — Et il a été souligné souvent (43) que les solutions pouvaient bien être différentes suivant que le hasard — ou du moins des circonstances imprévisibles — amènent la contestation devant tel ou tel tribunal ; de surcroît, l'élément national qui paralysait le recours à la juridiction du co-contractant étranger, se retrouve, quant au droit lui-même, dans ce que M. Motulsky appelle la « pesée de la *lex fori* », à cause de l'application autoritaire du droit judiciaire et du processus de qualification. La manifestation la plus frappante du désir d'éviter dans la mesure du possible, l'application des droits nationaux, se trouve dans l'emploi habituel de la clause d'amiable composition, qui, en matière d'arbitrage international, constitue la règle (44).

Mais le recours à l'arbitrage n'élimine pas, tant s'en faut, toutes les difficultés.

§ 2. — *La diversité des règlements nationaux sur l'arbitrage.*

170. — Certains ont pu remarquer (45) que l'arbitrage se présente presque partout avec les mêmes traits fondamentaux, mais il reste qu'il a donné lieu aux dispositions législatives les plus variées (46) ; on a même parlé d'une véritable mosaïque (47). « Diversité remarquable », écrit un auteur, « dans une institution qui paraît, ici et là, devoir satisfaire les mêmes aspirations » (48). La raison en est peut-être la conception plus ou moins impérative de droit selon les Etats (49), ou le fait que l'arbitrage est un phénomène para-juridique qui, comme tel, échappe

(40) Carabiber, *op. cit.*, 1960, p. 9 ; « L'arbitrage international et les centres internationaux d'arbitrage », *Jurisl. dr. intern.*, Fasc. 585 B, p. 2.

(41) Carabiber, *ibidem* ; Motulsky, art. préc. *Rev. arb.*, 1959, p. 4 ; note préc. sous Civ. 7 mars 1963, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1963, p. 622.

(42) Kopelmanas, art. préc., p. 879.

(43) David, art. préc., p. 14 ; Kopelmanas, art. préc., p. 881 ; Ancel, art. préc., p. 29.

(44) David, art. préc., p. 15 ; Kahn, *op. cit.*, p. 253.

(45) Balladore-Pallieri, *op. cit.* 1935, p. 298 ; Sauser-Hall, *op. cit.*, p. 525.

(46) Voir Klein, *op. cit.*, 1955, p. 1-104 ; art. préc. 1958, pp. 225 et ss. ; David, art. préc., p. 16.

(47) Bruns et Motulsky, art. préc., *Rev. int. dr. comp.*, 1957, p. 719.

(48) David, *ibidem* ; voir également art. préc. *Etudes Julliot de la Morandière*, pp. 147 et ss.

(49) En ce sens Klein, art. préc. 1958, *ibidem*.

en partie aux législateurs (50) ; mais il résulte évidemment de là, un risque de paralysie pour l'arbitrage. Glasson, Tissier et Morel (51) remarquaient déjà, à propos de la sentence étrangère, qu'on peut « se heurter à de sérieux obstacles, voire même à une véritable impossibilité pour en obtenir l'exécution dans un autre pays » (52). On a souligné, à juste titre, les éventualités alors offertes dans ces conditions aux plaideurs de mauvaise foi qui désirent se soustraire aux obligations contractées (53).

171. — Aussi, un effort considérable pour pallier ces inconvénients a-t-il été entrepris (54). Les institutions d'arbitrage à caractère international se sont efforcées d'élaborer des règles uniformes de procédure (55) ; les grands organismes d'arbitrage, tels que la Chambre de commerce internationale et l'American Arbitration Association ont préparé des clauses mixtes (56), permettant de résoudre des problèmes proprement internationaux. Mais ces procédés, pour efficaces qu'ils soient, ne sont « que des moyens de jeter un pont au-dessus de certaines divergences de législations » (57).

C'est pourquoi, se sont développés très tôt des accords entre Etats tendant à l'uniformisation des législations sur l'arbitrage (58) ; et l'on comprend, devant leur résultat forcément limité, que les Conventions internationales aient accueilli favorablement l'autonomie absolue de la volonté, qui se trouve être le moyen le plus direct de parvenir à l'établissement d'un droit vraiment uniforme parce qu'international.

(50) En ce sens David, art. préc., p. 10.

(51) Glasson, Tissier et Morel, *Traité théorique et pratique de procédure civile*, T. V., n° 1850.

(52) Voir aussi : Morel, « La clause compromissoire en matière commerciale », *Rev. crit. lég. et jurisp.*, 1926, p. 486, n° 3 ; Carabiber, *op. cit.*, 1960, p. 20.

(53) Kopelmanas, art. préc., p. 881.

(54) Les travaux en vue de l'unification des droits sur l'arbitrage sont extrêmement nombreux ; parmi les plus célèbres, on peut citer ceux de l'Institut international de Rome pour l'unification du droit privé, en 1928, 1933, 1935, 1940 et 1954 ; l'Institut de droit international en 1952 (Sienne), 1957 (Amsterdam), 1959 (Neufchâtel) ; l'Académie internationale de droit comparé, 1958 (Bruxelles) ; l'International law association en 1924, 1950 (Copenhague), 1954 (Cadenabbia-Milan), 1962 (Bruxelles) ; l'Association des juristes européens, 1960 (Paris) ; l'Union internationale des avocats, 1956, 1960 ; Congrès international de l'arbitrage, 1961 (Paris).

(55) Voir Klein, *op. cit.*, 1955, p. 12.

(56) Voir *infra*, n°s 225 et 228.

(57) Klein, *ibidem*.

(58) Voir *infra*, n° 176.

SECTION III

LA LEGITIMITE DE L'AUTONOMIE ABSOLUE DE LA VOLONTE
AU REGARD DE L'ARBITRAGE

172. — Les adversaires de l'autonomie absolue de la volonté concèdent cependant que celle-ci pourrait se légitimer dans certaines conditions, qui excluraient le recours obligatoire et trompeur à un droit naturel ou à une équité dont on ne sait ce qu'elle représente. Il leur faudrait offrir la même possibilité de prévision, le même respect du droit des tiers, c'est-à-dire au fond la même sécurité que les règles légales.

M. le Doyen Batiffol lui-même (59) admet la reconnaissance de l'autonomie absolue de la volonté dans l'hypothèse de « l'existence d'un milieu international suffisamment défini pour engendrer son propre droit ».

Or le commerce offre précisément ce milieu, et il est manifeste qu'il tend, par une identité de besoins et de buts, vers la formation d'une communauté internationale, grâce à ses organismes professionnels (60), qui en font une société sinon organisée, du moins en voie d'organisation.

Nous nous attacherons à montrer successivement :

§ 1. — L'élaboration d'un droit international.

§ 2. — Le rôle de l'autonomie absolue de la volonté en matière d'arbitrage international.

§ 1. — *L'élaboration d'un droit international.*

173. — La nécessité d'un droit propre à la communauté des commerçants et qui se trouve d'ailleurs à l'origine de sa création, est ressentie si vivement qu'on a vu se développer une multitude de contrats vraiment internationaux, élaborés à l'aide de contrats-types, véritables chartes

(59) Batiffol, art. préc., 1960, p. 51 ; voir également note préc. sous sentence Pt Cassin, 10 juin 1955 ; *Traité*, n° 577 ; il faut remarquer que l'intitulé du n° 577, « Tendance à une autonomie exclusive de toute loi positive », ne comporte plus, comme dans les éditions antérieures, le qualificatif d'« aberrante » appliqué à cette tendance.

(60) Sur cette idée, Bruns et Motulsky, art. préc., *Rev. int. dr. comp.* 1957, p. 717 ; Motulsky, art. préc., *Rev. arb.*, 1959, p. 4 ; Le Balle, « Réflexions sur l'organisation juridictionnelle de la communauté professionnelle », *Rev. dr. social* 1946, p. 103 ; Cours préc. 1945-46, p. 190 ; Kahn, *op. cit.* 1961, p. 6, p. 35.

du commerce édictées par les groupements corporatifs (61), et un nombre toujours croissant de sociétés réellement internationales (62).

Il s'est formé une sorte de « *lex mercatoria* » (63), un droit « qui tend à reconstituer cette coutume internationale des marchands que connaissait le Moyen-Age », dont l'expérience révèle qu'il est appliqué spontanément par la quasi unanimité des professionnels. On a démontré (64) qu'il était alors inexact de supposer que de nombreuses difficultés naissaient sur les points non prévus par les parties : les rédacteurs des accords sont grandement aidés par les codifications d'usages, les contrats qui peuvent se poser.

Quant à l'équité, on a pu écrire que ce mot avait alors « le sens d'un renvoi au droit professionnel et non celui de renvoi à une idée vague de justice que les arbitres seraient bien en peine de définir » (65).

§ 2. — *Le rôle de l'autonomie absolue de la volonté en matière d'arbitrage international.*

174. — L'arbitrage s'inscrit comme le moyen d'affirmer l'autonomie du droit de la société formée par la communauté des commerçants.

La seule question qui s'élève est celle de la légitimité d'une recherche d'un droit commercial international, qui implique l'admission de l'autonomie absolue de la volonté. Or, on accepte de moins en moins l'idée que l'Etat est le seul interprète autorisé du bien commun (66). La reconstitution d'un droit de classe est sans doute critiquable comme portant en soi la finalité (67), mais l'adaptation de la règle juridique peut parfaitement se concevoir si l'on considère le caractère « non plus égoïste mais fonctionnel des droits de l'individu » suivant l'expression de M. le Professeur Le Balle (68), pour qui, « lorsque la communauté existe réellement, il n'y a pas d'obstacle à la création d'un droit adapté à ses besoins ». Dans ce contexte l'arbitrage se pose comme un instrument puissant de la constitution d'un ordre juridique international, parce que, selon la formule d'un auteur (69), il est le plus « organique » (70), mais aussi

(61) Sur l'importance de ces contrats-types, en matière internationale, voir Batifol, « Le contrat de vente en matière internationale », *Annales Economiques*, 1^{re} série, 1948, p. 16 ; Klein, art. préc. 1958, p. 275 ; Conférence de La Haye de droit international privé, Actes de la 7^e session, 9-31 oct. 1951, P. V. n° 2, pp. 19 et 22, et n° 4, pp. 37 et ss. ; Kahn, *op. cit.*, 1961, p. 445 (liste).

(62) Goldman, « Le droit des Sociétés internationales », Clunet 1963, p. 120.

(63) Ancel, art. préc. Dans le même sens, Kopelmanas, art. préc. ; Goldman, art. préc., n° 40.

(64) Goldman, *ibidem* ; Kahn, *op. cit.*, pp. 38 et ss. ; p. 366.

(65) Kahn, *op. cit.*, p. 40.

(66) Voir Kahn *op. cit.*, p. 6 ; surtout, Le Balle, *Cours*, p. 189, et art. préc. *Rev. dr. soc.*, 1946, p. 103.

(67) Josserand, « Sur la reconstitution d'un droit de classe », D. H. 1937, Chr., p. 1 ; Ripert, « Ebauche d'un droit civil professionnel », *Etudes Capitaines*, p. 676.

(68) Le Balle, *ibidem*.

(69) Motulsky, note préc. sous Civ. 7 mai 1963, p. 622.

(70) Voir *infra*, n° 189 et ss.

parce qu'il participe à la création des règles de droit adaptées à la communauté formée par les commerçants (71).

175. — L'autonomie absolue de la volonté nous paraît donc parfaitement admissible, en matière d'arbitrage international, dans la mesure où elle est un moyen et non une fin, c'est-à-dire dans la mesure où l'arbitrage « sans loi » est destiné à devenir un arbitrage « supra-national », dont le but est d'appliquer le droit commercial international qui, lui, est déjà en partie une réalité.

On a sans doute eu raison d'écrire qu'une telle évolution « supposerait l'élaboration non point d'une, voire de quelques règles spécifiques, mais bien d'un système de solutions matérielles suffisamment complet et cohérent pour qu'il ne soit pas normalement nécessaire de puiser dans les droits internes pour le régir » (72).

Mais, ainsi que l'auteur le fait lui-même remarquer, cet ordre juridique international en construction puise également à d'autres sources, telles les Conventions internationales, ou même la jurisprudence des différents Etats ; la règle posée par la Cour de cassation le 7 mai 1963 en est un exemple.

L'admission de l'autonomie absolue de la volonté ne peut que permettre l'accélération d'un phénomène déjà constant et parfaitement justifié.

(71) Ancel, art préc. : Kahn, *op. cit.*, p. 41 ; Bruns et Motulsky, art. préc., p. 727.

(72) Goldman, note préc. sous Civ. 7 mai 1963, J. C. P. 1963, II, 13 405.

CHAPITRE IV

LE DROIT CONVENTIONNEL

176. — Le besoin pressant d'une uniformisation des droits sur l'arbitrage est à l'origine de traités déjà anciens, puisque le premier de ceux conclus par la France remonte à 1869 (1).

De nombreux accords prévoient l'institution d'un arbitrage : le Traité du 18 avril 1951 instituant la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier, le Traité du 25 mars 1957 sur la Communauté Economique Européenne et l'Euratom, ainsi que les Conventions pétrolières franco-algériennes conclues à Evian en mars 1962, complétées par un accord de juin 1963 en fournissent d'illustres exemples. Nous ne les analyserons pas cependant, car ils comportent tous la création d'un tribunal arbitral particulier, et les règles applicables, tout en comportant des innovations intéressantes, gardent un caractère trop exceptionnel.

Par ailleurs, on a compris très tôt l'utilité de conventions générales, intéressant le plus grand nombre possible de pays : il est remarquable de constater que les seules tentatives couronnées de succès, aient été entreprises, sous l'égide de la Société des Nations ou de l'Organisation des Nations Unies, à l'instigation de la Chambre de commerce internationale.

Il s'agit en premier lieu du Protocole de Genève signé le 2 septembre 1923 (2) « relatif aux clauses d'arbitrage ». Les Etats signataires reconnaissaient la validité de la clause compromissoire et du compromis ; leurs tribunaux avaient le devoir de se déclarer incompétents à la demande d'une des parties, s'ils étaient saisis d'un litige pour lequel l'arbitrage était prévu au contrat.

(1) La France a conclu, le 15 juin 1869, avec la Suisse, une convention sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements en matière civile, qui s'applique également aux sentences arbitrales ; le 8 juillet 1889, avec la Belgique, une convention sur les compétences judiciaires, sur l'autorité et l'exécution des dispositions judiciaires, des sentences arbitrales et des actes authentiques ; le 3 juin 1930, avec l'Italie, une convention sur l'exécution des jugements en matière civile et commerciale ; le 3 septembre 1951, un accord commercial avec l'U.R.S.S.

(2) Protocole de Genève 2 sept. 1923 ; voir texte, par exemple, dans Carabiber, *op. cit.*, 1960, p. 171.

(3) Convention de Genève, 26 déc. 1927 ; voir texte, par exemple, dans Carabiber, *op. cit.*, 1960, p. 173.

177. — La Convention de Genève du 26 décembre 1927 (3) « pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères » revêtit une autre ampleur. Les Etats s'engageaient à assurer l'exécution des sentences, l'article 1 de la Convention limitant son champ d'application à celles rendues dans un territoire relevant de l'une des Hautes Parties contractantes, et entre personnes soumises à la juridiction de celle-ci.

La Convention de Genève, ratifiée par 24 Etats, représente un progrès considérable, surtout si l'on songe au rayonnement qu'elle a eu.

Cependant, l'intérêt qu'elle présentait fut fortement restreint par le fait qu'elle posait pour les sentences les mêmes exigences que les traités bilatéraux pour l'exécution réciproque des jugements. On ne s'était pas risqué à l'élaboration d'un droit véritablement international. « La Convention de Genève est allée à l'époque aussi loin que possible pour donner force de loi à l'arbitrage, compte tenu de la nouveauté de l'idée et de la réticence de la grande majorité des Etats, peu désireux d'abandonner la moindre parcelle de contrôle sur ce qui se passe à l'intérieur de leurs territoires » (4).

178. — En réalité, on peut reprocher à ses dispositions une extrême sévérité et un certain manque de clarté (5). Elles comportent l'exigence d'une réciprocité tant personnelle que territoriale, opposant des personnes soumises à la juridiction d'Etats différents pour aboutir à une sentence rendue sur un territoire différent de celui où elle était invoquée. De plus, la Convention ne s'appliquait qu'à une sentence « définitive », c'est-à-dire qui ne serait plus exposée à aucune voie de recours dans son pays d'origine, ce qui risquait d'entraîner la nécessité d'un double exequatur, la preuve — extrêmement lourde — de cette condition demeurant à la charge du demandeur.

Il en résultait de sérieuses entraves à l'exécution des sentences internationales, que les Conventions postérieures se sont attachées à supprimer.

Ces Conventions feront l'objet de deux développements distincts :

Section I. — La « Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères ».

Section II. — La « Convention européenne du 21 avril 1961 sur l'arbitrage international ».

(4) « L'arbitrage commercial international et la Convention de New York, Brochure de la Chambre de commerce internationale, n° 60-1.

(5) Voir Robert, « La Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères », D. 1958, Chr., p. 73 ; *Rev. arb.*, p. 70 ; Bredin, « La Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères », *Clunet* 1960, p. 1 002.

SECTION I

*LA « CONVENTION DE NEW YORK
POUR LA RECONNAISSANCE ET L'EXECUTION
DES SENTENCES ARBITRALES ETRANGERES » (6)*

179. — Nous analyserons successivement :

§ 1. — La naissance de la Convention de New York.

§ 2. — Les règles édictées.

§ 1. — *La naissance de la Convention de New York.*

Le 13 mars 1953 (7), la Chambre de commerce internationale présenta aux Nations-Unies un projet de convention à l'étude depuis son XII^e Congrès tenu à Québec en 1949, destiné à remplacer le Protocole et la Convention de Genève.

Le Comité économique et social des Nations-Unies rédigea en 1955 un contre-projet « dont la caractéristique était une plus grande timidité juridique, qui, pratiquement, le plaçait à mi-chemin entre la Convention de 1927 et l'avant-projet de la Chambre de commerce internationale » (8).

Ce contre-projet donna lieu à une étude minutieuse et à une critique détaillée de la part de la Chambre de commerce internationale (9) ; il devint, avec quelques modifications, la Convention de New York du 10 juin 1958, par 35 votes positifs et 4 abstentions (10).

§ 2. — *Les règles édictées.*

180. — La Convention comporte seize articles ; elle constitue, vers l'avènement d'un droit international, une étape importante, par rapport au Protocole et à la Convention de Genève qu'elle remplace.

Elle s'applique non seulement aux sentences rendues sur le territoire d'un Etat autre que celui où la reconnaissance et l'exécution sont demandées, mais aussi aux sentences qui ne sont pas considérées comme nationales dans l'Etat où leur reconnaissance et leur exécution sont deman-

(6) Convention de New York, 10 juin 1958, Texte : *J. O.*, 6 sept. 1959 ; *Rev. arb.*, 1958, p. 63 ; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, p. 447 ; Clunet 1960, p. 600 ; Carabiber, *op. cit.*, 1960, p. 178.

(7) Rapport de la Chambre de commerce internationale du 13 mars 1953, préc.

(8) Robert, art. préc., *Rev. arb.*, 1958, p. 73 ; voir également, Bruns et Motulsky, art. préc., p. 719.

(9) Documents Chambre de commerce internationale, 420/54 et 470/71.

(10) Etats-Unis, Guatemala, Norvège, Yougoslavie.

dées (11). La convention d'arbitrage devra être écrite (12), ce qui représente, selon un auteur « une règle de droit uniforme inestimable constituant la première acquisition de la Convention sur le plan du droit positif » (13). Le tribunal devant lequel est invoquée l'exception tirée d'un compromis ou d'une clause compromissoire devra renvoyer les parties à l'arbitrage à la demande de l'une d'elles « à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée (14) ».

181. — L'article 5 constitue évidemment un progrès capital (15). Contrairement à l'article 1 de la Convention de Genève, qui mettait à la charge du demandeur la preuve de la régularité de la sentence, c'est désormais la partie qui s'oppose à l'exequatur qui doit établir son irrégularité.

Cinq cas de refus d'exequatur sont prévus par l'alinéa 1 :

— L'invalidité de la convention arbitrale à raison de l'incapacité des parties suivant la loi qui leur est applicable (a), ou en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée. La primauté est alors donnée à l'autonomie de la volonté (16), la loi du pays où la sentence a été rendue n'intervenant qu'à défaut d'indication à cet égard.

— La violation des droits de la défense (b).

— Le dépassement par l'arbitre des pouvoirs donnés par le compromis ou la clause compromissoire (c).

— La constitution du tribunal arbitral, ou bien la procédure d'arbitrage n'ont pas été conformes à la convention des parties (d). C'est là, nous l'avons vu (17), l'innovation la plus remarquable, puisqu'il s'agit de la reconnaissance de l'autonomie absolue de la volonté, en ce qui concerne la procédure, la loi du pays de l'arbitrage n'intervenant qu'à titre supplétif.

— Enfin, la sentence n'est pas encore devenue obligatoire, ou a été annulée dans son pays d'origine (d). En supprimant l'exigence d'une sentence définitive, la Convention supprime du même coup l'éventualité d'un double exequatur (18).

On peut affirmer que la Convention de New York fut approuvée presque sans réserve par tous les commentateurs (19).

(11) Art. 1 ; l'adjonction de la seconde formule est due à un amendement apporté au projet du Comité Economique et Social des Nations-Unies.

(12) Art. 2, al. 2.

(13) Robert, art. préc., *Rev. arb.*, 1958, p. 75.

(14) Art. 2, al. 3.

(15) En ce sens Robert, art. préc., *Rev. arb.*, 1958, *ibidem* ; Bredin, art. préc., *Clunet* 1960, p. 1 002.

(16) Voir *supra*, n° 130.

(17) Voir *supra*, n° 163.

(18) En ce sens Robert, art. préc., *Rev. arb.*, 1958, p. 76 ; Bredin, art. préc., *Clunet* 1960, p. 1024 ; voir également Bruns et Motulsky, art. préc., p. 726.

(19) Voir par ex. : Robert, art. préc., *Rev. arb.*, 1958, p. 70 ; D. 1958, chr. p. 73 ; Bredin, art. préc., *Clunet* 1960, p. 1002 ; Klein, art. préc. 1958, p. 255, *in fine* ; Carabiber, *op. cit.*, 1960, pp. 217 et ss. ; Motulsky, art. préc., *Rev. arb.*, 1959, p. 11.

SECTION II

LA « CONVENTION EUROPEENNE DU 21 AVRIL 1961 SUR L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL » (20)

182. — Les travaux préparatoires de cette convention remontent à 1954-1955 ; la Commission économique pour l'Europe des Nations-Unies, préoccupée notamment par les difficultés existant dans les rapports économiques entre pays de l'ouest et de l'est de l'Europe, avait chargé un groupe d'experts d'étudier la solution que pouvait y apporter l'aménagement des règles concernant l'arbitrage.

La Convention de New York sur l'exécution des sentences étrangères étant survenue entre temps, la Conférence qui s'ouvrit à Genève le 10 avril 1961, se fixa pour but la rédaction d'un accord complémentaire européen. Elle comprenait les représentants de vingt-deux Etats européens, dont dix-sept seulement signèrent la Convention (21).

Celle-ci révèle une tendance à dégager l'arbitrage des droits nationaux beaucoup plus accentuée que la Convention de New York ; elle a tenté « d'établir, sur le plan européen, un arbitrage proprement international, au sens nouveau du terme » (22). La Convention se compose de dix articles dont l'un est consacré à l'institution d'un arbitrage destiné à permettre le fonctionnement de l'arbitrage entre les pays de l'Ouest et ceux de l'Est qui refusent l'intervention de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale. C'est pourquoi nous diviserons notre étude en deux paragraphes :

§ 1. — Les règles générales.

§ 2. — L'arbitrage prévu par l'article IV de la Convention.

§ 1. — *Les règles générales.*

183. — La Convention a un champ d'application infiniment plus restreint que celui de la Convention de New York (23), puisqu'elle ne

(20) La Convention européenne sur l'arbitrage international signée à Genève le 21 avril 1961, texte : *Rev. arb.*, 1961, p. 196 ; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1961, p. 430 ; D. 1962, p. 181.

(21) République fédérale d'Allemagne, Autriche, Belgique, Biélorussie, Danemark, Bulgarie, Finlande, France, Hongrie, Italie, Pologne, Roumanie, Tchécoslovaquie, Turquie, Union Soviétique, Ukraine, et Yougoslavie. L'Espagne a signé postérieurement. La Suède, la Suisse, le Luxembourg et les Pays-Bas n'ont signé que l'acte final. Le Royaume-Uni n'a participé qu'à certains travaux préparatoires.

(22) Klein, « La Convention européenne sur l'arbitrage commercial international », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1962, p. 624.

(23) Voir Robert, « La Convention européenne sur l'arbitrage international », D. 1961, p. 176 ; Klein, art. préc., *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1962, p. 625.

visé que les litiges commerciaux — ce qui a pratiquement peu d'importance — et surtout qu'elle s'applique seulement aux conventions survenues entre personnes ayant leur résidence ou leur siège dans les Etats différents (24).

Elle comporte nombre de règles qui ne sont pas des règles de rattachement, et à ce titre constituent de sérieuses ingérences dans les législations nationales (25). La convention d'arbitrage peut résulter d'échanges de lettres ou de télégrammes (26) alors même que les pays contractants n'admettaient que la forme écrite ; les personnes morales de droit public ont la faculté de compromettre (27), faculté qui peut toutefois être limitée lors de la signature ou de la ratification de la Convention (28). Les articles V et VI, intitulés respectivement « Déclinatoire de compétence arbitrale » et « Compétence judiciaire », permettent aux arbitres de statuer provisoirement sur leur investiture, et font même une obligation aux parties de soulever ce problème avant tout débat sur le fond (29). Nous verrons que la Cour de cassation française est loin d'une telle position (30) ; l'article VIII exige que la sentence soit motivée, sauf si les parties manifestent une volonté contraire ou si elles se sont placées dans le cadre d'une procédure où la motivation n'est pas en usage.

184. — Les règles qui relèvent plus spécialement du droit international privé, correspondent aux principes posés par la Convention de New York et, suivant un auteur, elles ont « été formulées avec plus de clarté encore » (31). La loi applicable à l'arbitrage est celle choisie par les parties, la loi du lieu de reddition de la sentence n'intervenant qu'à titre supplétif (32). Le droit applicable au fond du litige est également déterminé librement par les parties (33). La procédure reste soumise à l'autonomie absolue de la volonté (34). L'article IX est simplement destiné à supprimer un des cas de refus d'exequatur prévu par l'article V de la Convention de New York, qu'il reproduit par ailleurs textuellement ; seule l'annulation dans le pays d'origine n'entraîne plus automatiquement le refus d'exequatur dans le pays où la sentence est invoquée.

§ 2. — *L'arbitrage prévu par l'article IV de la Convention.*

185. — L'article IV, intitulé « Organisation de l'arbitrage », institue un système d'arbitrage original, assez curieux, et réglementé avec une

(24) Art. I, al. 1.

(25) Voir Klein, art. préc., p. 626.

(26) Art. I, al. 2.

(27) Voir *supra*, n° 104.

(28) Art. II, al. 1 et 2.

(29) Voir *infra*, n° 357 et ss.

(30) Voir *infra*, n° 325 et ss.

(31) Klein, art. préc., 1962, p. 630.

(32) Art. VI, al. 2 ; voir *supra*, n° 131.

(33) Art. VII ; *supra*, n° 158.

(34) Art. IX, al. d.

minutie extrême, pour le cas où les parties ne voudraient pas recourir aux institutions permanentes d'arbitrage.

Elles choisissent leurs arbitres, le lieu de l'arbitrage, et les règles de procédure à suivre. En cas de carence de l'une d'elles sur la désignation des arbitres, ou de désaccord sur le lieu ou les règles de procédure à appliquer (35), ou encore si elles ont entendu se soumettre à une institution permanente d'arbitrage sans la désigner (36), on fera appel au Président de la Chambre de commerce, soit du pays de la partie en défaut, soit du lieu choisi, soit du pays du défendeur (37) ou bien encore à un Comité spécial, dont l'Annexe à la Convention prévoit les modalités et le fonctionnement. Ce Comité se compose de deux membres titulaires élus l'un par les Chambres de commerce « dans lesquels il existe des comités nationaux de la Chambre de commerce internationale », c'est-à-dire les Etats d'Europe occidentale, l'autre par les Chambres de commerce ou autres institutions désignées par les Etats « dans lesquels il n'existe pas de comités nationaux de la Chambre de commerce internationale ».

Deux présidents sont élus de la même façon et siègent alternativement pendant deux ans.

186. — La Convention de Genève est, de l'avis général, fort bien rédigée et comporte des innovations heureuses. Seul l'arbitrage prévu par l'article IV suscite des réserves. On reconnaît que, sur le plan technique, il permet de combler toute lacune et d'écarter tout recours aux juridictions étatiques (38). Pour un auteur (39), en revanche, la Chambre de commerce n'est guère préparée au rôle semi-juridictionnel qui lui est dévolu. En réalité, ce n'est pas là un obstacle très sérieux, puisqu'il ne s'agit pas d'une participation directe à l'arbitrage. Nous croyons plutôt que le seul problème est de savoir dans quelle mesure on aura recours au système instauré par la Convention.

(35) Art. IV, al. 2, 3, 4.

(36) Art. IV, al. 4.

(37) L'article X de la Convention prévoit que lors de la signature ou de la ratification, les Etats contractants désigneront la liste des Chambres de commerce dont les Présidents assumeront ces fonctions.

(38) En ce sens, Klein, art. préc. 1962, p. 638.

(39) Robert, art. préc., D. 1962, Chr., p. 182.

DEUXIEME PARTIE

L'INFLUENCE JURIDICTIONNELLE

187. — L'influence juridictionnelle s'exerce principalement au niveau de la décision rendue par les arbitres et de leurs pouvoirs.

Mais à côté de l'arbitrage occasionnel, seul connu de notre Code de procédure civile, un arbitrage institutionnel s'est développé d'une façon telle qu'il occupe actuellement une place prépondérante. Les Centres qui se sont créés et organisés comme de véritables tribunaux, leur ressemblent par une certaine hiérarchie, un caractère de permanence. Leurs règlements intérieurs prévoient la procédure à suivre, et il est hors de doute qu'ils se présentent comme des juridictions ; les textes qui régissent l'arbitrage ne leur sont souvent applicables qu'au prix d'un effort d'adaptation.

Ils méritent d'être étudiés, car cet arbitrage institutionnel, par l'importance qu'il a prise, confère à notre institution une physionomie propre.

188. — En revanche, les problèmes posés par la nature de la compétence des arbitres sont résolus d'une façon singulièrement peu cohérente par la jurisprudence, et divisent souvent la doctrine. La sentence apparaît comme un acte juridictionnel, les arbitres étant des juges. Or, faute de reconnaître la nature véritablement autonome de l'arbitrage, on ne peut faire, en la matière, la part de la composante juridictionnelle et celle des correctifs impliqués par la composante contractuelle, et l'on aboutit parfois à contester ce qui paraîtrait devoir être tenu pour acquis. On va jusqu'à nier que l'arbitre soit détenteur d'une véritable compétence, et l'on ramène ses pouvoirs à leur origine contractuelle. Ces errements sont d'autant plus regrettables que, par ailleurs, la jurisprudence s'efforce de donner sa pleine efficacité à l'arbitrage, dans la mesure où il est admis.

L'influence juridictionnelle se présente donc différemment lorsqu'il s'agit de l'organisation institutionnelle et lorsqu'il s'agit de la répartition arbitrale de compétence entre les tribunaux officiels et la juridiction.

Pour faire apparaître les deux aspects du problème, nous répartirons nos développements entre deux titres :

Titre I. — L'organisation institutionnelle de l'arbitrage.

Titre II. — La répartition de compétence entre les tribunaux officiels et la juridiction arbitrale.

TITRE I

L'ORGANISATION INSTITUTIONNELLE DE L'ARBITRAGE

189. — L'essor de l'arbitrage et son institutionnalisation sont étroitement liés. C'est parce que l'arbitrage s'est développé que des organisations se sont créées. Mais c'est aussi grâce à ces organisations qu'il a pu se développer harmonieusement : « du fait même de l'extension qu'il a prise », écrit un auteur (1) « l'arbitrage ne peut plus conserver le caractère fiduciaire, artisanal et confidentiel qu'il a eu dans le passé. Il lui faut des bases élargies juridiquement et techniquement, une structure adéquate à la fonction économique et sociale qu'il est appelé à remplir, pour que le consensus étendu dont il bénéficie soit justifié et que tombent les préventions et préjugés qui existent à son égard ».

En réalité, l'organisation institutionnelle de l'arbitrage était inéluctable, à partir du moment où la communauté des commerçants a senti le besoin de règles particulières, soit sur le plan interne, parce que le droit existant, appliqué par les juridictions officielles, se révélait parfois mal adapté à lui donner satisfaction, soit sur le plan international, où l'absence de droit et de juridiction était ressenti comme un obstacle dirimant aux relations d'affaires.

Dans la mesure où l'arbitrage s'offrait comme le seul moyen de faire appliquer le droit corporatif élaboré par ce milieu — et de contribuer à son développement — il devenait normal que les individus groupés dans une même corporation l'utilisent pour se donner des juges. En outre, la complexité et le caractère technique de plus en plus marqué des litiges commerciaux accentuèrent le mouvement vers une organisation qui seule, peut assurer la spécialisation nécessaire (2).

190. — « L'organisation systématique de l'arbitrage international a considérablement restreint la portée des arbitrages que l'on avait qualifiés d'occasionnels » (3). Cette remarque est également valable, bien qu'à un moindre degré, sur le plan interne.

(1) Carabiber, *Jurisl. dr. inter.*, Fasc. 585 B, n° 56.

(2) En ce sens, Carabiber, *op. cit.* 1960, p. 19.

(3) Klein, *op. cit.* 1955, p. 11 ; voir également Carabiber, *op. cit.*, 1960, p. 3.

L'arbitrage fiduciaire fait, à l'heure actuelle, un peu figure de « parent pauvre » à côté de l'arbitrage institutionnel. Cependant, les décisions de jurisprudence et les quelques renseignements que l'on peut recueillir auprès des praticiens indiquent qu'il continue à prospérer, dans les domaines les plus variés (4), tels que celui des sociétés commerciales (5) ou des sociétés de famille (6) ; on le trouve également en matière de copropriété (7), de brevets d'invention (8) et de loyers, où il remplace avantageusement l'inévitable expertise ; les notaires le prévoient souvent dans les contrats comportant l'attribution d'une rente viagère, pour, de leur aveu même, éviter la censure éventuelle des tribunaux relativement aux clauses d'indexation dont la validité leur paraît incertaine. Le recours à l'arbitrage est également assez fréquent dans les litiges opposant les compagnies d'assurance-accidents à leurs assurés, ainsi qu'au sein des ordres professionnels, lorsqu'une contestation s'élève entre deux de leurs membres, le Président de la Chambre syndicale ou de l'Ordre étant alors généralement choisi comme arbitre.

191. — En matière maritime, terrain de prédilection de l'arbitrage, les litiges ne sont pas toujours soumis à des organismes permanents : d'après M. Prodomidès (9), conseiller juridique des Assureurs Maritimes de France, le recours à l'arbitrage fiduciaire serait de beaucoup le plus employé. « On choisit généralement comme arbitres des juristes de grande réputation, spécialisés dans les questions maritimes et qui sont parfois autorisés à se faire assister par des techniciens, par exemple par des capitaines au long cours ou par des ingénieurs du génie maritime ».

L'industrie du cinéma use assez peu, elle aussi du recours aux tribunaux de l'ordre judiciaire, et l'on y retrouve les deux formes de l'arbitrage (10).

On sait, en outre, que de très grosses entreprises confient fréquemment les litiges qui mettent en jeu des intérêts considérables à des arbitres choisis pour leurs qualités de juristes éminents plutôt que de faire intervenir les juridictions étatiques.

Ce ne sont là que des exemples, révélés en majeure partie par les contestations judiciaires, qui se greffent sur la procédure et sont, en réalité, « la négation de la finalité de l'arbitrage » (11). Alors que les organismes permanents font facilement connaître leurs statistiques, il est impossible d'avoir la moindre idée de l'importance quantitative des

(4) Voir Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1963, p. 781.

(5) Où la jurisprudence a dû cerner de près le pouvoir de compromettre des représentants de la société ; voir *infra*, n° 401.

(6) Barbry, « L'arbitrage dans les sociétés de famille », *Rev. arb.*, 1959, p. 110.

(7) Voir *infra*, n° 308.

(8) Voir *supra*, n° 79, note 106.

(9) Prodomidès, « L'arbitrage en matière maritime », *Rev. arb.*, 1955, n° 2, p. 11.

(10) Sur le plan international, la création d'un centre d'arbitrage européen a fait l'objet d'un rapport au colloque international de droit cinématographique des 13-15 décembre 1962 : voir *Rev. arb.*, 1963, p. 34.

(11) Carabiber, *op. cit.*, 1960, p. 1.

recours à l'arbitrage occasionnel, aussi bien en droit interne qu'en droit international.

192. — Si cette organisation préétablie n'a pas fait disparaître l'arbitrage qualifié de fiduciaire, c'est qu'elle suppose une communauté de buts, un milieu homogène, mais aussi des structures institutionnelles, qui ne peuvent exister qu'au sein d'un groupement suffisamment vaste (12).

D'ailleurs, la vitalité de l'arbitrage occasionnel vient en grande partie de ce qu'il bénéficie des résultats obtenus par le fonctionnement continu des organismes permanents. Les tribunaux judiciaires, conscients des besoins particuliers auxquels répond le recours à ces juridictions privées, ont cessé de le considérer avec une hostilité systématique, et se sont efforcés de lui assurer sa pleine efficacité, tout en le maintenant dans des limites raisonnables. La fréquence de son utilisation a permis de dégager une jurisprudence et une doctrine cohérente (13), conditions indispensables au progrès d'une institution jusque-là mal étudiée.

193. — Ce n'est pas à dire que l'essor de l'arbitrage institutionnel fut accueilli par tous avec la même faveur. Son point de départ se situe, en droit interne, à la date de l'admission de la clause compromissoire en matière commerciale par la loi du 31 décembre 1925, source du développement de l'arbitrage « qui sans elle, ne serait qu'une rareté » (14). Dès ce moment, les controverses se firent très âpres ; d'éminents auteurs ont vu alors les avantages qu'il présentait, et souhaitaient fermement son développement (15).

Mais on craignait que les qualités de l'arbitrage, jusqu'alors volontaire et basé sur une confiance réciproque, ne disparussent et qu'au contraire, les dangers et les abus susceptibles d'être engendrés ne fussent renforcés (16). L'expérience a révélé qu'il n'en était rien, bien au contraire. La manière dont sont organisées ces juridictions près des Bourses de commerce, souvent sous la forme d'une fédération de syndicats, implique que leur existence dépend de leur aptitude à satisfaire d'une façon correcte les besoins.

(12) Voir Le Balle, cours préc., p. 191.

(13) Voir Carabiber, *Jurisl. dr. intern.*, Fasc. 585 B, n° 56.

(14) Plaisant et Loygue, « La Chambre arbitrale de Paris », *Rev. arb.*, 1955, p. 7 ; voir également Morel, « La clause compromissoire en matière commerciale », *Rev. crit. lég. et jurisp.*, 1926, p. 486, n° 1 ; Robert, *Traité*, n° 95 ; « La clause compromissoire et l'organisation de l'arbitrage », thèse Paris 1929, p. 5-7 ; Rothé, « La clause compromissoire et l'arbitrage depuis la loi de 1925 », thèse Paris 1934, pp. 2 et 6 ; L. Louis-Dreyfus, « La clause compromissoire », *Rev. pol. et parl.*, 1925, p. 370 ; Motulsky, « Le respect de la clause compromissoire », *Rev. arb.*, 1955, p. 13.

(15) Morel, art. préc., n° 7 ; Hamel, « La clause compromissoire dans les contrats commerciaux », *D.* 1926, p. 13.

(16) Voir notamment Rothé, thèse préc., pp. 11 et ss. ; Cézard-Bru, « Commentaire de la loi du 31 décembre 1925 », *Lois nouvelles*, 1926, 1, p. 177 ; Brackers d'Hugo, « les illusions de l'arbitrage », *Lois nouvelles*, 1956, p. 126 ; Ancel, « L'arbitrage commercial international », *Annales économiques* 1948, p. 89 ; H. Sinay, Rapport sur « Les Problèmes d'unification de l'arbitrage », *Annales de la Faculté de droit et des sciences politiques et économiques de Strasbourg*, T. VI, 1959, p. 17, p. 39.

194. — On a prétendu que la rapidité de l'arbitrage était en fonction inverse de l'ampleur qu'il devait prendre. Si l'adoption fréquente de cette procédure, notamment par le jeu de la clause compromissoire, devait avoir pour principal effet de dégager le rôle des tribunaux (17), ne devait-elle pas avoir pour conséquence inéluctable d'encombrer ceux des juridictions arbitrales (18) ?

En fait, le développement de l'arbitrage n'a eu aucune incidence sur la cadence du règlement des litiges. Alors que le nombre de dossiers, dont les Chambres arbitrales sont saisies, a souvent plus que triplé depuis leur création jusqu'à ces dernières années, les sentences continuent à être rendues dans les deux ou trois mois qui suivent la demande (19). M. Carabiber (20), Président de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, indique que la durée moyenne d'une affaire y est de six mois, et peut atteindre un an lorsque les parties résident dans des pays éloignés.

195. — Les institutions permanentes ont pu sauvegarder ce caractère expéditif, grâce à une organisation judicieuse. Elles offrent aux usagers des listes sur lesquelles sont choisis les arbitres, ce qui rend impossible l'encombrement des rôles, un tribunal spécial étant constitué pour chaque litige. La plupart des décisions sont alors rendues sur le siège ; lorsque l'affaire doit cependant être mise en délibéré, les délais assez courts prévus par le règlement intérieur (21) peuvent être prorogés par le Président, mais il ne semble guère y avoir d'abus possible. Lorsqu'on écrit « nous avons vu une chambre arbitrale délibérer quatre mois » (22), c'est précisément faire justice du reproche de lenteur que l'on croit adresser, ce cas exceptionnel n'atteignant même pas la longueur des délibérés courants des tribunaux consulaires. En outre, les règlements intérieurs prévoient minutieusement les difficultés qui pourraient survenir, par exemple lors de la désignation des arbitres : le Président y procède alors d'office. La procédure est organisée à l'avance « de manière aussi précise que peut l'être celle d'une juridiction publique » (23). La signature du compromis ou l'acceptation d'une clause compromissoire attribuant compétence à la chambre arbitrale — sur le plan internatio-

(17) Morel, *ibidem*.

(18) Rothé, *op. cit.*, p. 11 ; César-Bru, art. préc., *Lois nouvelles*, 1926, p. 177 ; Brackers d'Hugo, art. préc., *Lois nouvelles* 1956, p. 126.

(19) Renseignements communiqués par les secrétariats des Chambres arbitrales.

(20) Carabiber, « Le développement de l'arbitrage sous les auspices des grands centres d'arbitrage », *Rev. dr. social*, 1956, p. 457.

(21) Trois mois généralement pour les organismes internes, soixante jours pour la Cour d'arbitrage de la Chambre internationale. Les délais pour les arbitrages dits « de qualité » — c'est-à-dire portant exclusivement sur la qualité de la marchandise litigieuse — sont encore plus brefs ; quinze jours suivant les « règlements de l'arbitrage de qualité des cafés verts » et le « règlement de l'arbitrage de qualité des arachides » édictés par la Chambre arbitrale de Marseille ; une semaine (pour le premier degré) à un mois (pour les trois degrés prévus) d'après la Chambre d'arbitrage des cafés et poivres du Havre qui ne statue que sur des arbitrages de qualité.

(22) Brackers d'Hugo, *ibidem*.

(23) Plaisant et Loygue, *ibidem*.

nal comme sur le plan interne — implique pour les parties l'acceptation du règlement, ce qui représente un gain de temps appréciable, et une diminution totale des risques d'incertitude.

196. — Enfin et surtout, l'exequatur est souvent inutile, le pourcentage d'exécution volontaire atteignant un chiffre très élevé (24). Il est sans doute vrai, pour reprendre l'expression d'un auteur (25) que la sentence puise alors son pouvoir de commandement « dans la force intrinsèque que lui confère, dans un espace sans bornes, son adaptation exacte à la satisfaction des besoins qu'elle se propose de régir » ; la preuve en est la soumission volontaire que l'on rencontre dans le milieu formé par les commerçants à des règles, qui ne sont, suivant une formule très exacte « que des contrats types sans valeur intrinsèque » (26).

Il y a plus : les corporations disposent, à l'égard de leurs membres, de moyens de coercition assez puissants pour que l'exécution forcée soit inutile, tels que l'exclusion de la partie récalcitrante ou la publication de la décision (27).

197. — Le coût de l'arbitrage rendu par les institutions permanentes est également loin de répondre aux prévisions de ceux qui voyaient dans son organisation l'avènement d'une justice corporative « dont les services ne sont pas nécessairement gratuits » (28). César-Bru (29) redoutait les pires excès, les honoraires des arbitres n'étant pas, à la différence de ceux des experts, taxés par le tribunal. « Ces juridictions », disait-il « seront les juridictions du riche seul ».

En réalité, contrairement à ce qui se passe en matière d'arbitrage occasionnel où les honoraires atteignent souvent des chiffres élevés, la fonction d'arbitre est considérée comme plus honorifique que lucrative ; les jetons de présence qui sont remis aux arbitres ne représentent même pas les frais de déplacement (30). De plus, les dépenses de ces juridictions sont remarquablement peu élevées ; elles ne sont qu'une des nombreuses activités des Chambres de commerce, et bénéficient souvent des locaux et du personnel de celles-ci.

198. — Les Chambres arbitrales sont soucieuses d'établir des barèmes ; les frais de procédure qui sont fixés d'après le montant de la demande, en pourcentage, peuvent être majorés en fonction de la complexité des litiges, et doublés pour l'arbitrage d'urgence.

(24) 80 à 85 % d'après M. Carabiber (art. préc. *Rev. dr. soc.*, 1956, p. 457 ; *op. cit.*, 1960, p. 16).

(25) Le Balle, « Réflexions sur l'organisation juridictionnelle de la communauté professionnelle », *Rev. dr. social*, 1946, p. 103.

(26) Klein, *op. cit.*, 1955, p. 13.

(27) Voir Ancel, art. préc., p. 89.

(28) Ancel, *ibidem* ; Rothé, *ibidem*.

(29) César-Bru, art. préc., *Lois nouvelles* 1926, I, p. 177.

(30) Les jetons de la Chambre arbitrale de Lyon, frappés spécialement à l'Hôtel des monnaies, actuellement d'une valeur de 5 F, sont assez souvent gardés par les arbitres à titre de... souvenir.

Voici par exemple le barème de la Chambre arbitrale de Paris.

— Pour les litiges allant jusqu'à 1 000 F : 125 F ;
 — Pour les litiges allant jusqu'à 2 000 F : 150 F ;
 — Pour les litiges allant jusqu'à 10 000 F : en plus,
 1,5 % de la fraction en litige, soit 15 F par tranche de 1 000 F, soit 260 F
 pour un litige de 10 000 F ;

— Pour les litiges allant jusqu'à 20 000 F : en plus, 1 % de la
 fraction en litige, soit 10 F par tranche de 1 000 F, soit 360 F pour
 20 000 F.

Les autres chambres arbitrales pratiquent des tarifs alignés sur celui
 de la Chambre arbitrale de Paris, ou sensiblement analogues.

Comme les frais sont liquidés dans les sentences mêmes, on se rend
 compte que ces barèmes sont parfaitement respectés.

La Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale a,
 elle aussi, établi un barème des frais (honoraires et taxe administrative) :

Pour un montant en litige :

— inférieur à 10 000 \$	30 à 100 ‰
— entre 10 000 et 50 000 \$	15 à 50 ‰
— entre 50 000 et 200 000 \$	8 à 20 ‰
— entre 200 000 et 600 000 \$	5 à 10 ‰
— entre 600 000 et 1 500 000 \$	3 à 6 ‰
— entre 1 500 000 et 3 000 000 \$	2 à 4 ‰
— au-dessus de 3 000 000 \$	1 à 3 ‰

Il s'agit là de sommes assez faibles si l'on s'avise de les comparer au
 coût d'un procès.

199. — L'organisation institutionnelle n'a donc diminué en rien les
 qualités de rapidité et d'économie que présente l'arbitrage ; elle a au
 contraire éliminé certains de ses inconvénients.

On a coutume d'opposer l'arbitrage fiduciaire à l'arbitrage institu-
 tionnel. Dans le premier cas seulement, les arbitres seraient choisis
 intuitu personæ, en raison de l'amitié, de la confiance que les justiciables
 leur portent ; l'organisation d'une juridiction permanente enlèverait toute
 faculté de choix aux parties, et partant, toute confiance. En particulier,
 les arbitres ainsi désignés ne seraient pas toujours d'une sereine impar-
 tialité, ayant à juger leurs pairs, et souvent, leurs rivaux (31).

Or les usagers font généralement confiance aux centres d'arbitrages,
 institutions au sein de leur milieu professionnel (32), et ils conservent de
 plus une certaine liberté, puisque, nous le verrons, ils désignent leurs
 juges sur les listes présentées par la Chambre. Ces listes sont constituées
 de personnalités souvent les plus représentatives de leur corporation,

(31) Voir Morel, art. préc. 1926, n° 4 ; Hamel, art. préc., p. 13 ; César-Bru, art.
 préc., p. 177 ; Ancel, art. préc., p. 30.

(32) Voir Carabiber, *op. cit.*, 1960, p. 20.

connues pour leur honnêteté autant que pour leur compétence (33). L'arbitre, qui manquerait à son devoir, risquerait le plus grand discrédit auprès de ses pairs et de ses co-contractants habituels.

Les Chambres arbitrales prennent d'ailleurs de sérieuses précautions pour assurer un minimum de compétence et d'impartialité. Alors que la jurisprudence, considérant à ce point de vue l'arbitre comme le simple mandataire des parties, n'exige aucune capacité particulière (34), la plupart des règlements des Chambres arbitrales imposent certaines conditions de nationalité et d'exercice d'une fonction commerciale (35). La récusation pour cause de parenté ou d'intérêt dans l'affaire est possible. La Chambre de commerce internationale (36) assure la neutralité de la sentence en imposant le choix de l'arbitre unique ou du troisième arbitre « dans un pays autre que ceux auxquels ressortissent les parties ».

200. — L'immense avantage qu'offre la constitution de juridictions arbitrales réside aussi dans leur collégialité.

En effet, l'arbitrage occasionnel est souvent victime d'une coutume détestable et fort répandue, qui consiste à prévoir dans la convention originaire que chaque partie désignera son arbitre, la décision finale étant, en cas de désaccord, réservée à un tiers arbitre nommé par les deux autres. Souvent ceux-ci n'arrivent pas à s'entendre, car il est fréquent qu'ils se considèrent chacun comme l'avocat de la partie dont ils tiennent leur nomination (37), si bien que leur conférence n'est souvent que « de pure forme » (38). De plus, ainsi qu'on l'a indiqué si justement, la loi ne laisse trop souvent au tiers-arbitre « que la triste alternative de choisir l'une des deux solutions proposées par les arbitres partagés, si extrêmes qu'elles soient » (39).

(33) Hamonic, « L'arbitrage en droit commercial », 1950, p. 11.

(34) Cuhe et Vincent, n° 617 ; Morel, *Traité*, p. 722 ; Robert, *Traité*, n° 56.

(35) La Chambre arbitrale des cafés et poivres du Havre prévoit même un examen pour les candidats arbitres !

(36) Section B, art. 7 du Règlement.

(37) Voir Morel, *ibidem* ; Barbry, art. préc., *Rev. arb.*, 1959, p. 112 ; Robert, « La réforme de la procédure d'arbitrage », *Rev. arb.*, 1955, p. 8 ; Confreville, « La réforme de la procédure arbitrale en France », *Rev. arb.*, 1963, p. 3.

(38) Barbry, *ibidem*.

(39) Robert, art. préc., *Rev. arb.*, 1955, p. 9. En effet, l'article 1018 du Code de procédure civile, al. 2, prévoit que « si tous les arbitres ne se réunissent pas, le tiers-arbitre prononcera seul, et néanmoins, il sera tenu de se conformer à l'un des avis des autres arbitres ». L'institution du tiers-arbitre est source de difficultés, presque insolubles (voir Morel, *Traité*, n° 731 ; Robert, *Traité*, n°s 178 et ss. ; obs. Boitard, *Rev. tr. dr. com.*, 1957, p. 941 ; obs. Hébraud, *Rev. tr. dr. civ.*, 1952, p. 258 ; 1953, p. 578 ; 1958, p. 657). En particulier, il doit être distingué soigneusement du troisième arbitre, membre d'une juridiction collégiale, car il est un départiteur qui « tranche entre arbitres et non entre plaideurs » (obs. Boitard, préc.). Le tiers-arbitre n'a pas à entendre de nouveau les parties, alors que le troisième arbitre le doit, sous peine de violer les droits de la défense. La Cour de Pau, le 18 mars 1953 (G. P. 1953, 1, p. 362) et la Cour de Paris, le 10 mai 1957 (G. P. 1957, 2, p. 98 ; D. 1958, som. p. 8) ont annulé de ce chef deux sentences rendues sans audition des parties. Mais le critère est difficile à établir ; dans les deux cas, les arrêts se sont attachés à l'interprétation littérale du compromis, prévoyant que le tribunal devait être « complété ». En fait, on peut facilement objecter que l'intervention était prévue seule-

201. — La clause compromissoire, parce qu'elle dissocie la volonté de compromettre et la mise en œuvre de la procédure, présente indiscutablement de sérieux inconvénients, qui justifient d'ailleurs son interdiction en matière civile. Certains ont vu dans l'organisation institutionnelle de l'arbitrage un motif supplémentaire de réprobation à son encontre. Un auteur écrit qu'elle aboutit, en fin de compte, à la création d'un arbitrage « encore pire que celui qui vient de nos clauses compromissoires insérées dans les contrats » (40), qui serait alors imposé, à titre de fidélité en quelque sorte, aux membres d'une même profession.

202. — Il semble, au contraire, que les dangers de la clause compromissoire soient alors sérieusement restreints.

Tout d'abord, l'éventualité de voir se poser des problèmes de droit pur qui auraient conduit les parties, si elles les avaient pressentis, à ne pas recourir à la procédure arbitrale, diminue singulièrement à partir du moment où ce sont toujours les mêmes contestations qui se produisent, portant sur des contrats identiques. Le Président de la Chambre arbitrale peut toujours, d'ailleurs, désigner comme troisième arbitre un individu choisi pour ses compétences juridiques (41).

Les Chambres arbitrales se sont montrées soucieuses d'empêcher qu'une jurisprudence particulière — parce que non soumise au contrôle de la Cour de cassation — ne s'établisse sur des questions de droit, et que, suivant une formule courante, la justice du vin ou la justice de l'huile ne fasse regretter la justice tout court. Un exemple particulièrement significatif en est fourni par l'emploi qu'elles font de la clause d'amiable composition. Alors qu'elle est la règle dans la majorité des cas, la plupart des Règlements des Centres d'arbitrage prévoient que les arbitres doivent statuer en droit, sauf stipulation expresse de la part des parties (42).

203. — On a observé plus justement que le déclenchement de la

ment en cas de partage. Le critère d'après le moment de la désignation, proposé autrefois par M. Robert (*Traité*, 2^e éd., n° 177) a été abandonné par l'auteur (*Traité*, 3^e éd., n° 178) car le compromis contient souvent à l'avance le nom du tiers-arbitre : il faut analyser la mission confiée, d'après la convention originaire. C'est dire les incertitudes auxquelles s'exposent les plaideurs.

La multiplicité des embûches est telle que maints auteurs souhaitent la suppression pure et simple de l'institution du tiers-arbitre, remplacé par un arbitre unique ou un collège constitué dès le début (voir par ex. : Robert, art. préc., *Rev. arb.*, 1955, p. 10 ; Gonfreville, art. préc., *Rev. arb.*, 1963, p. 9). Dans l'article 409 du « Projet portant révision du Code de procédure civile », on a simplement supprimé l'obligation de se ranger à l'un des avis émis par les arbitres.

(40) H. Sinay, art. préc., p. 39.

(41) La Chambre arbitrale de Lyon, outre les listes établies par les trente-deux sections spécialisées, a mis sur pied une liste d'arbitres « hors sections » composée d'anciens magistrats de Cours d'appel et sur laquelle le Président de la Commission arbitrale est choisi toutes les fois que le litige pose des questions de droit délicates.

(42) Règlement de la Chambre de commerce internationale, section B, art. 19, al. 3 ; Règlements des Chambres arbitrales de Paris (art. 4) ; Lyon, (art. 35) ; Marseille (art. 33) ; de la Bourse de commerce d'Avignon et du Vaucluse (art. 24) ; de la Gironde (art. 24) ; de la Chambre maritime, (art. 22). Les pouvoirs d'amiable compositeur de la Chambre arbitrale de Strasbourg sont très critiqués (voir H. Sinay, art. préc.)

procédure arbitrale par l'une des parties pouvait contraindre son adversaire à désigner un arbitre sans connaître aucune personnalité susceptible de remplir ce rôle ; il s'ensuivrait le recours obligatoire à un cabinet d'affaires incertain, et partant, la création d'une nouvelle « profession d'arbitre qui se sera désigné lui-même, sans aucune garantie » (43).

La clause compromissoire a paru surtout présenter le risque de placer la partie la plus faible du contrat dans la seule alternative d'accepter ou de refuser en bloc le contrat et la clause compromissoire qui y est insérée, et sur le plan international, d'obliger les commerçants à se soumettre à l'arbitrage des pays vendeurs (44), la même contrainte présidant au choix des arbitres, soumis à l'influence au moins morale du co-contractant le plus puissant.

En fait, les listes préétablies par les Chambres de commerce rendent une telle emprise pratiquement impossible ; l'indépendance des institutions nationales, la mise sur pied des clauses mixtes (45), et le souci de préserver la neutralité des arbitres ont évité tous les abus. L'essor de l'arbitrage institutionnel en droit interne, et surtout en droit international, en est la meilleure démonstration.

204. — La Convention de New York du 10 juin 1958 a, suivant la formule d'un auteur (46), « consacré l'entrée officielle des Centres d'arbitrage dans le droit international de l'institution », en entendant par « sentence arbitrale, non seulement les sentences rendues par des arbitres nommés pour des cas déterminés, mais également celles qui sont rendues par des organes d'arbitrage permanents auxquels les parties se sont soumises » (47). Il y a là, comme on l'a dit (48) un « hommage mérité, mais inutile ».

La Convention de Genève du 10 avril 1961 fait un pas de plus. Lorsque les parties ont prévu que les litiges seront soumis à une institution permanente d'arbitrage, l'article IV (alinéa 1) indique que « l'arbitrage se déroulera conformément au règlement de l'institution désignée ».

On ne trouve aucune disposition analogue en droit interne. L'arbitrage reste régi par les textes du Code de procédure civile ; les institutions d'arbitrage, dont l'organisation hiérarchisée et le règlement intérieur les font considérer comme de véritables juridictions, demeurent cependant soumises à une législation qui ne connaît qu'une sorte d'arbi-

(43) Cézar-Bru, art. préc., p. 177 ; Morel, art. préc., n° 8 ; Hamel, art. préc., p. 16 ; Mortara, Code de procédure civile italien, Commentario, T. III, cité par Morel, *ibidem*.

(44) Voir Klein, *op. cit.*, 1955, p. 11.

(45) Voir *infra*, n°s 225 et 228.

(46) Robert, « La Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères », D. 1958, *chr.*, p. 38 ; *Rev. arb.*, 1958, p. 74.

(47) Convention de New York, art. 1, al. 2.

(48) Bredin « La Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères », *Clunet* 1960, p. 1 002.

trage : l'arbitrage individuel. Il s'ensuit des difficultés parfois insolubles, aussi bien en ce qui concerne les chambres arbitrales françaises que les organismes internationaux.

C'est ce que nous verrons dans deux chapitres :

Chapitre I. — Les institutions d'arbitrage en droit interne.

Chapitre II. — Les institutions d'arbitrage en droit international.

CHAPITRE I

LES INSTITUTIONS D'ARBITRAGE EN DROIT INTERNE

205. — Les Chambres arbitrales sont des organismes indépendants, créés soit par les Bourses de commerce, comme à Strasbourg, soit par des Syndicats d'industriels ou de commerçants, comme à Lyon ; la plupart d'entre elles sont nées au lendemain de la loi de 1925 (1).

Il existe sur le papier vingt-quatre Chambres arbitrales interprofessionnelles. Mais certaines ont en fait disparu : celle d'Alger n'existe pratiquement plus depuis septembre 1940 ; celle de Dunkerque, rétablie après la guerre, n'a plus eu à siéger depuis, celle du Mans n'a pas fonctionné depuis une quinzaine d'années.

On peut observer une diminution presque générale des litiges soumis à l'arbitrage institutionnel. Elle tient certainement au respect accru des contrats, dû en particulier à la jurisprudence arbitrale (2) et d'avantage encore à la main-mise de l'Office National d'Importation des Céréales (O.N.I.C.) sur le trafic des grains à l'importation (3), la minutie de la réglementation actuelle supprimant de nombreuses causes de conflits (4) ; or, le terrain de prédilection de l'arbitrage reste toujours, comme au len-

(1) Celles de Dunkerque, de Lille, de Strasbourg et de Paris sont plus anciennes et se sont simplement réorganisées à cette date.

(2) Ainsi que l'a constaté la Chambre arbitrale de Strasbourg, lors de son congrès en 1956.

(3) Les Chambres de Dunkerque et du Mans étaient précisément orientées vers les litiges concernant l'importation des céréales.

(4) Il s'agit bien d'une diminution des causes de litige, et non du nombre de recours à l'arbitrage : les tribunaux ordinaires ne sont pratiquement jamais saisis en cette matière. La même raison exclut d'ailleurs l'arbitrage dans certains domaines où il aurait dû jouer un rôle important, tant à cause de la technicité des litiges que de la cohésion du milieu professionnel. Le Marché de la soie n'a jamais recours à la procédure arbitrale, ni judiciaire d'ailleurs. L'Association internationale de la soie, et, sur le plan interne, la Condition publique des soies, sont souvent saisies d'expertises, dont le résultat est toujours accepté. Le projet de création d'une Chambre arbitrale par l'intermédiaire de la Chambre de commerce internationale n'a pas abouti. Les contrats-types, comme le « Règlement pour le commerce international des soies grèges d'Extrême-Orient », mis sur pied par l'Association internationale de la soie, prévoient un arbitrage dans le pays de destination en cas de litige éventuel : cette clause est restée lettre morte.

demain de la loi de 1925 (5), le commerce des produits du sol ; les contrats-types y sont très répandus ; la technicité des litiges et le caractère hautement spéculatif de tels produits exigent une compétence particulière et des solutions rapides. Cependant, dans les autres domaines, l'arbitrage semble se développer, puisque les Chambres ont été amenées à créer de nouvelles sections.

L'organisation de ces juridictions est sensiblement analogue. Dans un but d'unification, à la suite de la réunion de leurs Présidents qui eut lieu à Paris, le 28 juin 1951, la plupart ont adopté le règlement et la procédure de la Chambre arbitrale de Paris. Il existe en outre des centres d'arbitrage professionnels qui se présentent sous un aspect particulier.

Aussi examinerons-nous successivement :

Section I. — La Chambre arbitrale de Paris.

Section II. — Les Chambres arbitrales de province.

Section III. — Les Centres d'arbitrage professionnels.

SECTION I

LA CHAMBRE ARBITRALE DE PARIS

206. — Elle est sans conteste la plus importante : elle connaît une moyenne annuelle de quatre cents litiges au premier degré et une centaine au second degré.

Il s'agit d'une Union d'associations professionnelles qui groupent quarante-deux corps de métier, représentant d'une part les produits du sol, d'autre part les papiers (6).

(5) Robert, *thèse préc.*, p. 94 ; Rothé, *thèse préc.*, p. 14.

(6) Syndicat des grains et farine et de la meunerie de Paris ; Chambre syndicale des entrepreneurs des services de subsistances militaires ; Association nationale de la meunerie française ; Chambre syndicale de l'industrie meunière parisienne ; Confédération nationale des produits du sol et dérivés ; Fédération nationale des graines fourragères de semences ; Fédération internationale du commerce des semences ; Fédération nationale des graines de semences potagères ; Fédération nationale du commerce des céréales de semences et des graines de betteraves à sucre ; Fédération nationale du commerce des grains ; Fédération nationale du légume sec ; Fédération nationale du négoce et de l'industrie des pailles et fourrages ; Syndicat du commerce des grains, graines, fourrages, tous produits du sol ; Union nationale du commerce de gros en fruits et légumes ; Fédération nationale des syndicats de négociants en pommes de terre et légumes en gros ; Syndicat des exportateurs français d'Indochine ; Syndicat du commerce français des céréales, produits du sol et dérivés ; Union générale nationale des syndicats de la brasserie française ; Association syndicale des courtiers de marchandises, grains, graines, produits du sol et dérivés ; Fédération française des syndicats de courtiers de marchandises, grains, graines, pro-

Sa compétence est d'autant plus étendue qu'en l'absence de désignation précise d'une Chambre arbitrale dans les nouveaux contrats types concernant les produits du sol, c'est celle de Paris qui est, de droit, compétente.

Son fonctionnement et son organisation, prévus par un règlement intérieur qui date de 1960 (7), soulèvent de nombreux problèmes quant à l'application des textes du Code de procédure civile : la conception de la Chambre « arbitre unique » n'a pu éviter aux tribunaux d'avoir recours à la notion de juridiction pour faire respecter le règlement intérieur.

Ces deux points guideront notre étude :

§ 1. — La conception d'arbitre unique.

§ 2. — Le recours obligatoire à la notion de juridiction.

§ 1. — *La conception d'arbitre unique.*

207. — La Chambre ne juge pas directement ; elle remplit ses fonctions par l'intermédiaire de commissions arbitrales (8) qui sont spécialisées suivant la qualification technique particulière des arbitres. On a dit justement que « si chaque litige n'était pas jugé par les professionnels de l'activité commerciale à laquelle ce différend a trait, la Chambre arbitrale serait inutile car elle ferait double emploi avec le Tribunal de commerce » (9).

Ces commissions ou sections proposent des listes d'arbitres qui sont entérinées par le Comité directeur, et sur lesquelles les parties désignent leur arbitre, le choix du troisième membre étant réservé au Président de la Chambre (10).

duits du sol et dérivés ; Syndicat du commerce des blés, seigles, avoines et orges à Paris ; Syndicat de la rizerie française ; Syndicat du commerce des sucres à Paris ; Syndicat du commerce des alcools à Paris ; Syndicat du commerce des huiles à Paris ; Syndicat du commerce des caoutchoucs bruts à Paris ; Syndicat des commerçants en gros de pommes et poires de table françaises ; Syndicat des transports des denrées périssables ; Syndicat national de l'industrie du jute ; Syndicat du commerce des produits du sol et dérivés de Seine-et-Oise ; Syndicat national du commerce des tourteaux, sons et issues (Syncot) ; Syndicat national du commerce extérieur des céréales graines, légumes secs, produits oléagineux et dérivés (Synacomex) ; Chambre syndicale des mandataires à la vente en gros des fruits et primeurs aux halles centrales de Paris. Association fédérale des syndicats de producteurs de papiers, cartons et celluloses ; Fédération du commerce des papiers et cartons de France ; Fédération des syndicats de transformateurs de papier ; Fédération française des syndicats patronaux de l'imprimerie et des industries graphiques ; Chambre syndicale nationale des fabricants d'encre d'imprimerie.

(7) Voir Règlement en annexe. Sur l'organisation des chambres arbitrales : Rothé, *thèse préc.*, p. 91 à 127 ; Robert, *thèse préc.*, pp. 87 et ss. ; Salone « Les Chambres arbitrales », Aix, 1952 ; Plaisant et Loygue « La Chambre arbitrale de Paris », *Rev. arb.*, 1955, n° 2, p. 10. Grech « Les Chambres arbitrales et l'Arbitrage commercial », Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1952 ; *Précis de l'arbitrage commercial*, Paris, 1964.

(8) Article 5.

(9) Plaisant et Loygue, *ibidem*.

(10) Article 13 ; les règlements des chambres arbitrales de Lyon (art. 13), Marseille (art. 23), Avignon (art. 34) et Strasbourg (art. 7) sont identiques sur ce point.

La Chambre arbitrale est cependant constituée arbitre unique (11), et les sentences sont rendues en son nom.

208. — En réalité, il y a là une fiction. On a souligné (12) combien il était artificiel de considérer que la fonction de juger puisse être déléguée à une entité juridique, alors qu'elle appartient aux individus personnellement désignés. Or, il est curieux de constater que la jurisprudence utilise ou repousse cette fiction suivant la difficulté dont elle est saisie, sans grand souci des contradictions qu'elle affiche.

La faculté donnée au Président par l'article treize du règlement de désigner d'office l'arbitre de la partie récalcitrante fut vivement contestée, au motif que le caractère volontaire de l'arbitrage ne permettait que l'attribution de dommages et intérêts. Certaines décisions, et notamment la Cour de Bordeaux, dans onze arrêts rendus le 7 avril 1932 (13) avaient déclaré un tel règlement « contraire au principe fondamental de l'arbitrage du Code de procédure civile et aux règles de l'organisation judiciaire ». Nous montrerons plus loin (14) comment, après avoir justifié la désignation d'office par l'affirmation que la Chambre est « arbitre unique », la jurisprudence abandonna cette fiction en validant la remise de choix de l'arbitre à un tiers préconstitué (15).

§ 2. — *Le recours obligatoire à la notion de juridiction.*

209. — L'institution d'un double degré de juridiction, l'exigence de la seule signature du président de la commission, et les difficultés soulevées par les délais, ne se justifient que si l'on admet que la Chambre représente un véritable tribunal, hiérarchisé et organisé.

Après la rédaction d'un « projet de sentence » par la Commission dite du premier degré, les parties peuvent faire examiner l'affaire par une commission du second degré, composée de cinq membres nommés par le Président de la Chambre arbitrale.

Cette organisation d'un arbitrage à deux degrés est à l'origine de nombreuses controverses.

Les tribunaux ont hésité longtemps à permettre l'appel devant les juridictions de droit commun, craignant d'admettre alors un troisième degré de juridiction (16). Le 3 novembre 1960 (17) la Cour de cassation analysa la seconde décision non comme un appel, mais comme une sentence du second degré ; il s'agissait d'ailleurs d'un appel pour nullité

(11) Article 2.

(12) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1953, p. 181 ; 1959, p. 784 ; 1960, p. 521 ; 1962, p. 695.

(13) Bordeaux, 7 avr. 1932, S. 1933, 2, p. 17, note Brèthe de la Gressaye ; S. 1933, 2, p. 81, note Robert.

(14) Voir *infra*, n° 397.

(15) Civ. 5 nov. 1936, J. C. P. 1937, p. 12, 2° esp., note J. L. ; G. P. 1936, 2, p. 942 ; 26 fév. 1941, S. 1941, p. 33.

(16) Voir *infra*, n° 428.

(17) Civ. 3 nov. 1960, *Bull.* 1960, II, n° 633, p. 431 ; *Rev. arb.*, 1961, p. 14 ; *Rev. tr. dr. com.*, 1961, p. 351, obs. Boitard ; *Rev. tr. dr. civ.*, 1961, p. 726, obs. Hébraud.

de la sentence, toujours possible (18), et non de la voie de réformation, exclue par la soumission au règlement de la Chambre arbitrale dont l'article 4 prévoit que les sentences sont rendues en dernier ressort et sans recours. Pour M. le Professeur Hébraud (19) « il y a là le signe qu'en dépit de toutes les fictions, le double examen organisé à l'intérieur de la chambre est un véritable appel qui exclut l'autre ».

L'auteur fait d'ailleurs (20) la même remarque quant à l'obligation, pour la commission du deuxième degré, de réunir une majorité de quatre voix pour modifier la première sentence (21) : « c'est bien que la seconde décision ne se présente pas comme indépendante de celle-ci, mais la révisant ».

210. — La jurisprudence admet que la mention de la majorité requise n'est pas indispensable. Dans certains cas, elle justifie cette solution par référence au droit judiciaire, en indiquant, comme le fait l'arrêt rendu par la Cour de Paris le 24 mars 1960 (22), qu'« aucune règle d'ordre public ne saurait exiger la mention de la majorité à laquelle elle a été prise dans une décision rendue par une juridiction de droit commun ou par un collège arbitral, à moins que la loi ou le compromis qui est la loi des parties en ait ainsi expressément disposé ». Dans d'autres cas, au contraire, réapparaît la fiction de la Chambre « arbitre unique », ce qui permet de considérer la décision des commissions comme un simple projet tant qu'elle n'est pas revêtue de la signature du président, comme dans l'arrêt rendu, également par la Cour de Paris, le 10 octobre 1961 (23).

211. — L'article 1016 du Code de procédure civile, qui exige la signature de tous les arbitres, est parfois source de déboires, le règlement intérieur ne prévoyant que la signature du président de la commission.

Ainsi, le Tribunal civil de Lille, le 28 octobre 1952 (24), annule une sentence signée par le seul président, au motif que le règlement ne peut prévaloir sur les textes du Code.

Mais, la Cour de Paris, le 24 mars 1960, le 12 février 1963 et le 7 mai 1963 (25) rejette le moyen tiré de l'absence de signature de tous les arbitres. Il est remarquable qu'elle ne fonde pas sa décision sur la qualité d'arbitre unique de la Chambre, dont la volonté s'exprimerait par son président, mais bien sur les règles de l'organisation judiciaire ; elle évoque, dans le second arrêt, les juridictions d'Etat « dont les jugements

(18) Voir *infra*, n° 430 et ss.

(19) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.* 1953, p. 181.

(20) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1962, p. 695.

(21) Article 20 du règlement.

(22) Paris, 24 mars 1960, *Rev. arb.*, 1960, p. 50 ; *Rev. tr. dr. civ.*, 1960, p. 521, obs. Hébraud.

(23) Paris 10 oct. 1961, *Rev. arb.*, 1962, p. 53 ; *Rev. tr. dr. civ.*, 1961, p. 695, obs. Hébraud.

(24) Tr. civ. Lille 28 oct. 1952, *G. P.* 1953, 2, p. 139 ; *Rev. tr. civ.*, 1953, p. 181, obs. Hébraud.

(25) Paris, 24 mars 1960, préc. ; 12 fév. 1963, *J. C. P.* 1963, II, 13 281, note Level ; 7 mai 1963, *Rev. arb.*, 1963, p. 138.

portent la signature du seul président, suivant l'article 138 du Code de procédure civile », et reprend le même raisonnement le 7 mai 1963.

212. — C'est encore la notion de juridiction arbitrale qui peut seule rendre compte de la position jurisprudentielle à propos des problèmes que posent les délais fixés par la loi.

L'article 31 du règlement de la Chambre prévoit que les sentences doivent être rendues dans un délai de trois mois, à moins que le président n'accorde « s'il le juge nécessaire, une ou plusieurs prorogations de trois mois ».

Les tribunaux n'ont pas hésité à admettre que la saisine de la commission du second degré, qui ouvre une procédure distincte, faisait courir un nouveau délai (26). Mais une telle attitude n'est possible que si l'on reconnaît aux deux décisions la qualité de sentence, et non si l'on s'en tient à la conception « d'arbitre unique ».

De même, alors que seules les parties peuvent convenir d'un nouveau délai (27), la validité de la prorogation présidentielle ne semble pas faire de doute (28). Elle peut se justifier dans l'optique du jugement rendu par le Tribunal de la Seine, le 17 octobre 1957 (29) : le Président, à qui les fonctions d'arbitre sont interdites par la formule du règlement selon laquelle il ne peut être désigné comme membre d'une commission (30), organise l'arbitrage en qualité de mandataire des parties.

Mais elle est incompatible avec la conception de la qualité d'arbitre unique attribuée à la Chambre, personne morale.

SECTION II

LES CHAMBRES ARBITRALES DE PROVINCE

213. — Le règlement des Chambres arbitrales de province étant pratiquement semblable à celui de la Chambre arbitrale de Paris, il ne paraît intéressant d'examiner ces organismes que sous l'angle de leur activité.

(26) Tr. civ. Seine 5 juill. 1951, G. P. 1951, 2, p. 320 ; *Rev. tr. dr. com.*, 1951, p. 734, obs. Boitard ; Paris, 27 juil. 1953, D. 1953, p. 173 ; *Rev. tr. dr. civ.*, 1953, p. 181, obs. Hébraud ; Paris 24 mars 1960, préc.

(27) Voir *infra*, n° 304.

(28) Paris 24 mars 1960, préc. ; Tr. civ. Seine 17 oct. 1957, *Rev. tr. dr. com.*, 1959, p. 703, obs. Boitard ; *Rev. tr. dr. civ.*, 1959, p. 784, obs. Hébraud ; voir égal. Douai 12 mars 1959, G. P. 1959, 2, p. 116, qui annule une prorogation de délai accordée par le secrétaire de la chambre, sur délégation du Président, au motif que la délégation n'était pas prévue par le règlement et donc irrégulière.

(29) Tr. civ. Seine 17 oct. 1957, préc.

(30) Article 11 du règlement.

Nous verrons successivement :

§ 1. — La Chambre arbitrale de Lyon.

§ 2. — La Chambre arbitrale de Marseille.

§ 3. — Les autres Chambres arbitrales de province.

§ 4. — La situation particulière de la Chambre arbitrale de Strasbourg.

§ 1. — *La Chambre arbitrale de Lyon.*

La Chambre arbitrale de Lyon groupe trente deux syndicats locaux ou régionaux. Les activités les plus diverses y sont représentées ; les produits du sol par quatre sections (31), le commerce et l'industrie relatifs aux produits alimentaires, par sept sections (32) ; d'autres industries possèdent aussi, depuis la création de la Chambre arbitrale, en 1926, leur section et leurs listes d'arbitres (33). En 1954, une section « Intermédiaire du Commerce » a été créée, avec la participation de la Fédération des agents commerciaux et de la Chambre syndicale des V. R. P.

La Chambre arbitrale de Lyon a donc une compétence très étendue. Les litiges qui lui sont soumis se répartissent à peu près également entre les industries citées, avec une prédominance de ceux concernant les produits du sol.

Elle juge une quinzaine d'affaires par an.

§ 2. — *La Chambre arbitrale de Marseille.*

214. — La Chambre arbitrale de Marseille, elle aussi composée de différentes sections, connaît deux sortes d'arbitrage : l'arbitrage des litiges « concernant le fond », et l'arbitrage de « qualité », pour les cafés verts et des arachides de bouche, en coques ou décortiquées. L'arbitrage de qualité à lieu suivant une procédure simplifiée et plus rapide encore que celle de l'arbitrage ordinaire, les sentences étant rendues, sans exception, dans les quinze jours qui suivent le dépôt de la demande d'arbitrage. L'activité de la Chambre arbitrale, lorsqu'elle juge les litiges portant sur

(31) Section des « Courtiers en céréales et autres produits agricoles, courtiers en grains, graines et dérivés, engrais, négociants en grains, fourrages, engrais, etc... », section des « Négociants en pommes de terre », section « Fruits et légumes », section « Expéditeurs, exportateurs, négociants en fruits, primeurs et légumes ».

(32) Section « Transformateurs de denrées alimentaires », section « Négociants en denrées coloniales et torréfacteurs de café », section « Fabricants de produits de régime », section « Epicerie », section « Meunerie », section « Boulangerie lyonnaise », section « Biscuiterie ».

(33) L'industrie de l'automobile, la carrosserie et le charronnage, la quincaillerie, le travail des métaux en feuilles, chaudronnerie, décolletage, mécanographie, et autres, les industries de revêtements électrolytiques et des protections et décoration des métaux, les réparateurs de matériels électriques, le bâtiment (maçonnerie, menuiserie, électricité, métreurs vérificateurs), l'ameublement, les transports routiers du Rhône.

le fond, est orientée plus particulièrement vers les questions de ventes maritimes. Une cinquantaine d'affaires portant sur le fond, à peu près autant de litiges portant exclusivement sur la qualité sont jugés chaque année.

§ 3. — *Les autres Chambres arbitrales de province.*

215. — La Chambre arbitrale de la Bourse de Commerce d'Avignon et du Vaucluse, créée en 1931, sous la forme d'une Union d'associations professionnelles (34), connaît principalement, elle aussi, des litiges concernant les produits du sol, ce qui explique la diminution du nombre d'affaires portées devant elle. De 1931 à 1940, elle jugeait environ une vingtaine d'affaires par an, alors qu'elle n'en juge plus à l'heure actuelle, que cinq ou six.

La Chambre arbitrale de l'Union syndicale des Grains et Farines de la Gironde et de la région est spécialisée, elle aussi, dans les litiges du commerce des grains et produits du sol ; elle juge une cinquantaine d'affaires par an.

Les Chambres arbitrales du Havre, habilitées à trancher seulement les litiges portant sur la qualité, ont une activité considérable ; la Chambre d'arbitrage des cafés et poivres s'est vu soumettre trois cent seize affaires en 1960 (35). L'arbitrage de qualité en matière de coton brut, devant la Chambre arbitrale des cotons, porte, en moyenne, sur 20 à 35 % des importations (36).

§ 4. — *La situation particulière de la Chambre arbitrale de Strasbourg.*

216. — Une place à part doit être faite à la Chambre arbitrale de Strasbourg. En effet, celle-ci applique les dispositions locales, qui diffèrent quelque peu de celles de notre Code de procédure civile ; en particulier les arbitres ne sont pas tenus de rendre leur décision dans un certain délai ; ils jugent en amiables compositeurs, et la clause compromissoire est valable même en matière civile (37). De plus, la Chambre arbitrale de Strasbourg a participé à l'élaboration de nombreux codes

(34) Entre : le Syndicat des Négociants et Courtiers en grains, graines fourragères, pailles, fourrages, issues, pommes de terre du département du Vaucluse et limitrophes ; le Syndicat des exportateurs de graines fourragères ; la Chambre syndicale de la minoterie vauclusienne ; le Syndicat des négociants en grains, issues et engrais de Salon et de la région ; le Syndicat des négociants en grains et produits du sol des Basses-Alpes ; le Syndicat des entrepreneurs de bâtiment et des travaux publics du Vaucluse.

(35) Les litiges portent sur des quantités d'en moyenne 10 tonnes, représentant à peu près 35 000 F.

(36) Importations de l'ordre de 260 000 tonnes, ayant une valeur approximative de 728 millions de francs.

(37) Voir « Les problèmes d'unification de l'arbitrage », Rapport de Mme Sinay et travaux de Commission sous la présidence du Bâtonnier de l'Ordre des Avocats du Barreau de Strasbourg, Etudes de Droit local, 1959, préc., pp. 16 à 46. Le congrès des Chambres arbitrales de France qui s'est tenu à Strasbourg du 2 au 4 septembre 1949 a adopté une résolution portant sur l'unification.

d' « Usages », et notamment au « Codustra », (Code d'Usages pour les affaires franco-allemandes en fruits, légumes et primeurs).

Sa situation est particulière. Elle a une activité internationale, et comporte six sections internationales : section internationale rhénane pour la navigation (38), section franco-allemande pour les fruits, légumes et primeurs, section franco-allemande pour les produits du sol, section franco-allemande, section internationale de l'Union européenne du commerce des houblons, et, créée en 1960, section franco-sarroise. Ce sont les sections II et III le plus souvent appelées à siéger.

Les sections internes sont au nombre de seize, dont quatre intéressent les produits du sol (39).

La Chambre arbitrale de Strasbourg manifeste une grande vitalité : elle examine une centaine d'affaires par an, parmi lesquelles dominent les litiges portant sur les produits du sol.

SECTION III

LES CENTRES D'ARBITRAGE PROFESSIONNELS

217. — Les professions qui ont éprouvé la nécessité de se donner une Chambre arbitrale sont caractérisées par le fait que les litiges éventuels nécessitent une compétence technique très spécialisée ; l'homogénéité du milieu en est d'ailleurs accrue. Les sentences rendues par les Chambres arbitrales professionnelles sont exécutées volontairement dans la proportion de 100 %. Trois d'entre elles ont pris une importance remarquable, et il convient de les examiner successivement :

§ 1. — La Chambre arbitrale maritime.

§ 2. — La Cour d'arbitrage du Conseil national du cuir.

§ 3. — L'Association cinématographique professionnelle de l'arbitrage.

(38) Armements français, allemands, belges, hollandais et suisses.

(39) Section des grains, graines, engrais, produits agricoles, denrées coloniales, alimentation et transports, section des fruits et légumes du Bas-Rhin, syndicat des négociants, grossistes en fruits et primeurs du Haut-Rhin, section du syndicat des négociants en houblons d'Alsace et Lorraine. Les autres sont : Chambre patronale des industries du Bas-Rhin, section de l'union des industries textiles du Bas-Rhin ; section des tissus, vêtements, etc... ; section des cuirs et peaux ; section des scieurs et exploitants forestiers du Bas-Rhin, Haut-Rhin et de la Moselle ; section du négoce de bois du Bas-Rhin et du Haut-Rhin ; section des industries du bois du Bas-Rhin ; section ameublement ; section des fers et métaux ; section des industries graphiques du Bas-Rhin, section de la mécanographie d'Alsace ; section internationale rhénane ; divers.

§ 1. — *La Chambre arbitrale maritime.*

218. — Cette Chambre, créée à l'instigation de Louis-Dreyfus, par le Comité central des armateurs de France en 1929, a un règlement semblable à celui des chambres arbitrales interprofessionnelles. Les sentences sont rendues par des arbitres choisis sur liste par les parties, mais au nom de la Chambre arbitrale maritime ; ils ne statuent en amiables compositeurs que si les parties l'ont expressément prévu, et jugent en premier et dernier ressort. L'activité de cet organisme est assez restreinte, car les litiges maritimes sont la plupart du temps confiés à des arbitres choisis en dehors de la chambre arbitrale, notamment en matière d'assistance.

§ 2. — *La Cour d'arbitrage du conseil national du cuir.*

219. — En janvier 1949, le Conseil national du cuir, organisation interprofessionnelle groupant producteurs et utilisateurs, a institué une Cour d'arbitrage composée de seize membres, à raison de quatre pour chacun des autres groupes d'organisations syndicales qui composent le Conseil national (40). Pour délibérer valablement, la Cour doit siéger, huit de ses membres au moins étant présents, et chacun des autres groupes composant le Conseil national du cuir étant représenté parmi ceux-ci (41). La Cour statue en premier et dernier ressort, et sans appel. Elle tient en moyenne six à huit audiences par an.

§ 3. — *L'Association cinématographique professionnelle de conciliation et d'arbitrage.*

220. — Cette Association (42) est saisie soit en vertu des contrats-types, tels que les Conditions générales de location de films, ou les Conditions générales d'exportation de films, soit en vertu des contrats particuliers qui généralement contiennent des clauses compromissaires, soit même, en l'absence de telles clauses, par le compromis que les parties décident souvent de signer (43).

Son activité est intense ; ainsi en 1957, quatre cent vingt dossiers ont été soumis à son examen (44). Les sentences arbitrales ont d'ailleurs une importance considérable dans le droit cinématographique : « elles constituent certainement une source capitale de la réglementation juridique » (45).

(40) Production, transformation, fabrication, distribution.

(41) Article 3 des statuts.

(42) Association constituée par la Fédération nationale des cinémas français, la Fédération nationale des distributeurs de films, la Fédération des industries techniques du cinéma, le Syndicat général des producteurs de films.

(43) L'arbitrage est également très fréquent lorsqu'il s'agit de litiges s'élevant dans les rapports entre producteurs, acteurs et metteurs en scène ; il s'agit alors d'un arbitrage fiduciaire.

(44) Roger Weil Lorac « De la pratique de l'arbitrage dans l'industrie cinématographique », *Rev. arb.*, 1958, p. 15. L'auteur indique que 80 % de ces affaires se sont terminées par une conciliation.

(45) Lyon-Caen et Lavigne, *Traité théorique et pratique du droit du cinéma*, 1957, T. I, n° 16.

CHAPITRE II

LES INSTITUTIONS D'ARBITRAGE EN DROIT INTERNATIONAL

221. — L'activité des organismes internationaux du monde occidental ne s'étend pas aux pays dits à économie planifiée ; ceux-ci ont une certaine méfiance vis-à-vis de la Chambre de commerce internationale. On sait que la Convention de Genève du 21 avril 1961 a tenté d'instaurer un arbitrage spécial (1), destiné à faciliter les rapports entre les deux blocs. Par ailleurs, les pays de l'Est, conscients de la nécessité que représente le recours à l'arbitrage en matière internationale, ont mis sur pied des institutions à caractère national, mais qui sont destinées cependant au commerce extérieur.

Aussi examinerons-nous :

Section I. — Arbitrage international et Economie libre.

Section II. — Arbitrage international et Economie planifiée.

SECTION I

ARBITRAGE INTERNATIONAL ET ECONOMIE LIBRE

222. — A côté des organismes proprement internationaux, certains Centres nationaux doivent être mentionnés, car ils offrent leurs services même en cas de différends internationaux ; tels sont en particulier la « London Court of Arbitration », créée en 1892 par la Chambre de commerce de Londres, et le « British Institute of the Arbitration », qui date de 1915 (2).

(1) Voir *supra*, n° 185.

(2) Voir Carabiber, *Juriscl. dr. intern.*, Fasc. 585 B, n°s 41 et 63. L'auteur cite également la Liverpool Cotton Association, la London Jute Association, l'Incorporated Oil Seed Association, la British Motor Trade Association et le Comité of Lloyd's.

Les Centres internationaux, comme les Chambres arbitrales françaises, n'ont aucun caractère juridictionnel ; leur structure reste essentiellement administrative ; leur rôle est de fournir une organisation, un règlement, des listes d'arbitres (3). Un effort remarquable les unit dans l'élaboration de règles uniformes de procédure (4) ; l'adoption de clauses mixtes (5) destinées aux litiges mettant en jeu deux systèmes internationaux différents en forme le couronnement. Les organismes d'arbitrage les plus importants sont indiscutablement la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, et les Centres organisés par l'American Arbitration Association. La Cour arbitrale européenne mérite cependant un examen particulier.

Nous étudierons donc successivement :

§ 1. — La Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale.

§ 2. — L'American arbitration association.

§ 3. — La Cour arbitrale européenne.

§ 1. — *La Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale* (6).

223. — Née en 1923, cette Cour occupe une place de premier choix dans l'organisation de l'arbitrage international. En effet, la création de la Chambre de commerce internationale, au lendemain de la première guerre mondiale en 1919, avait pour but principal « l'établissement d'un système international d'arbitrage, le premier à être réalisé » (7).

La Cour d'arbitrage « a pour mission de procurer la solution arbitrale des différends d'ordre commercial ayant un caractère international » (8).

A vocation mondiale, son activité est cependant limitée en fait aux pays qui y sont représentés par des comités nationaux (9).

L'importance de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale est bien connue. Le nombre d'affaires portées devant elle est relativement restreint ; une trentaine de dossiers seulement sont examinés chaque année ; mais ils se caractérisent, d'après M. Carabiber, son Président, « par la complexité des questions de droit international et de droit commercial que soulèvent l'exécution et l'interprétation des

(3) Voir Carabiber, *op. cit.*, 1960, p. 27.

(4) Voir Klein, *op. cit.*, 1955, p. 12.

(5) Voir *infra*, n^{os} 225 et 228.

(6) Voir règlement en annexe.

(7) Klein, *op. cit.*, 1955, p. 29.

(8) Article 6 du règlement de conciliation et d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale.

(9) La Chambre de commerce internationale se présente comme la fédération de 41 sections nationales ou « Comités Nationaux de la C.C.I. ». En outre, on y trouve des membres collectifs — associations —, ou des membres individuels — entreprises —, de vingt-cinq pays.

contrats internationaux en cause, de même que par l'importance des litiges du point de vue des intérêts en jeu » (10).

La plupart des contrats passés par les grosses industries françaises avec des commerçants étrangers se réfèrent à l'arbitrage de la Chambre de commerce internationale.

La Cour d'arbitrage ne tranche pas elle-même les différends ; elle « confirme » les arbitres proposés par les parties, et, en cas de carence de l'une d'elles, procède à sa place à la nomination. Lorsque trois arbitres ont été prévus, chaque partie désigne son arbitre, et la Cour nomme le troisième, qui assume la présidence du tribunal arbitral (11). Sauf stipulation expresse des parties sur le nombre des arbitres, le différend est tranché par un arbitre unique, qui, de même que le troisième arbitre, dans un souci de neutralité, doit être pris dans un pays tiers. Lorsque la Cour doit procéder elle-même à la désignation, elle le fait sur proposition des Comités Nationaux.

La procédure est marquée par les points suivants :

224. — Avant toute instance arbitrale, la faculté est offerte de s'adresser à la Commission administrative de conciliation. Pour chaque différend, un Comité de conciliation est institué (12) ; en cas d'échec, les parties pourront recourir aux tribunaux, ou à l'arbitrage qui est inévitable si elles sont liées par un compromis ou une clause compromissoire.

Dans la procédure de conciliation comme dans celle de l'arbitrage, le rôle des Comités nationaux est très important. Les membres de la Cour d'arbitrage sont d'ailleurs nommés par le Conseil de la Chambre de commerce internationale sur proposition de chaque Comité national ; ils sont désignés à raison d'un par Comité national (13). Ce sont ces Comités qui transmettent au secrétariat de la Cour les demandes des parties.

Lorsque les parties recourent à l'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, elles se soumettent à son règlement (14). Celui-ci prévient les manœuvres dilatoires : si l'une des parties refuse de se soumettre à l'arbitrage, celui-ci aura lieu cependant, la prétendue nullité ou inexistence du contrat n'entraînant pas d'incompétence de l'arbitre.

225. — Le lieu où se déroule l'arbitrage est fixé par la Cour, à moins que les parties ne l'aient expressément désigné dans le contrat. Les arbitres seuls sont investis du pouvoir juridictionnel, mais l'article 26 du règlement prévoit l'examen préalable de leur sentence par la Cour d'arbitrage, en ces termes : « avant de signer la sentence, l'arbitre doit la soumettre à la Cour d'arbitrage. Celle-ci peut prescrire des modifications

(10) Carabiber, *op. cit.*, 1960, p. 28. L'auteur note qu'à plusieurs reprises, la Cour a eu à statuer sur des litiges où des Gouvernements étaient parties : ceux-ci ont exécuté sans difficulté les sentences rendues à leur encontre.

(11) Art. 7, al. 2.

(12) Le résultat en est heureux : de 1946 à 1955, sur 234 litiges, 45 % se sont terminés par un désistement, 15 % ne sont pas allés plus loin que la conciliation.

(13) Statuts de la Cour d'arbitrage, articles 1 et 2.

(14) Article 13 du règlement.

de forme et appeler, le cas échéant, l'attention de l'arbitre même sur des points intéressant le fond du litige, mais en respectant absolument sa liberté de décision. Aucune sentence ne peut être rendue sans avoir été approuvée en la forme par la Cour ».

Le concours des systèmes américains et de celui de la Chambre de commerce internationale a été soigneusement étudié : deux clauses mixtes ont été élaborées, l'une avec l'American arbitration association et l'autre avec l'Inter American commercial arbitration commission (15).

§ 2. — *L'American arbitration association.*

226. — Aux Etats-Unis, l'essor de l'arbitrage international (16) naquit de la loi sur l'arbitrage adoptée dans l'Etat de New York en 1920, et de l'U. S. Arbitration Law, loi fédérale adoptée en 1925, qui donnèrent à l'arbitrage les bases de sécurité et de stabilité nécessaires à l'organisation d'un système national et international.

L'American arbitration association a été créée en 1926 ; elle est habilitée à organiser des tribunaux arbitraux et à fournir des listes d'arbitres. « En 1950, environ douze mille arbitres, choisis aussi bien parmi des citoyens américains que parmi des résidents étrangers, figuraient sur ces listes d'arbitres répartis dans mille six cent villes des Etats-Unis » (17). En 1955, elle a réglé 3 299 différends. L'American arbitration association a élaboré plusieurs types de clauses d'une portée aussi générale que possible (18).

(15) Clause mixte C.C.I.-A.A.A. de la Chambre de commerce internationale : « Tous différends découlant du présent contrat seront tranchés définitivement par l'arbitrage. Si l'arbitrage a lieu en dehors des Etats-Unis d'Amérique, le Règlement de l'arbitrage de la Chambre de commerce internationale sera applicable, à moins que les parties ne conviennent par écrit d'adopter le règlement de l'American Arbitration Association. Si l'arbitrage a lieu aux Etats-Unis d'Amérique, le Règlement de l'American Arbitration Association sera applicable, à moins que les parties ne conviennent par écrit d'adopter le Règlement de la Chambre de commerce internationale ». La clause mixte C.C.I.-I.A.C.A.C. est identique, sauf à substituer Républiques de l'Amérique Latine à Etats-Unis d'Amérique, et Règlement de l'Inter-American Commercial Arbitration Commission à Règlement de l'American Arbitration Association.

(16) L'arbitrage joue un rôle de premier plan aux Etats-Unis. Plus de 60 Trade Associations ont organisé des centres d'arbitrage. Cette promotion de la justice privée corporative trouve sa source dans la diversité des législations américaines.

(17) Carabiber « Le développement de l'arbitrage sous les auspices des grands centres d'arbitrage », *Rev. dr. social*, 1956, p. 457.

(18) En outre des clauses mixtes (voir plus loin) elle recommande l'adoption des deux clauses : la « Standard Arbitration clause », qui s'applique aux litiges non encore nés, est ainsi conçue : « Tout différend ou toute réclamation qui viendraient à s'élever à l'occasion de ce contrat ou s'y rapportant, seront réglés par arbitrage, conformément aux règles de l'American arbitration association, et un jugement donnant effet à la sentence rendue peut être demandé à tout tribunal compétent ». La seconde relative à l'arbitrage des litiges déjà nés, est énoncée de la façon suivante : « Les soussignés conviennent de soumettre à l'arbitrage conformément aux règles de l'arbitrage commercial de l'American Arbitration Association le différend ci-après... Ils conviennent également que le différend sus-indiqué sera soumis à un ou trois arbitres choisis parmi ceux figurant sur les listes d'arbitres de l'A.A.A. Ils conviennent de se conformer fidèlement au présent accord et aux règles de procédure et à exécuter toute sentence rendue par l'arbitre (ou les arbitres), et qu'un jugement donnant effet à la sentence pourra être demandé au tribunal compétent. »

La caractéristique principale du système réside en ce que les litiges ne sont pas centralisés à New York, mais jugés à l'endroit le plus convenable, laissé d'abord aux choix des parties. De plus, l'American arbitration association s'occupe de travaux et de recherches dans un but d'information. Elle publie, trimestriellement, doctrine et jurisprudence dans le célèbre « Arbitration Journal ». La qualité de l'œuvre accomplie est reconnue par tous : « devant la diversité des législations américaines régissant la matière, elle a su établir des règles de procédure assez souples pour n'en heurter aucune et suppléer largement, par la propagation inlassable de principes de loyauté et de discipline commerciale, à l'insuffisance de certaines d'entre elles... Elle exerce une influence considérable sur le développement et l'unification de la législation relative à l'arbitrage dans les différents Etats » (19).

227. — Grâce à l'initiative de l'American arbitration association, d'autres centres internationaux organisés par ses soins se sont créés ; le plus important est l'Inter american commercial arbitration commission qui prit naissance en 1934. L'I.A.C.A.C. est destinée à assurer le règlement de différends entre les nationaux des vingt-et-une Républiques américaines ; le bureau central est à New York, au siège de l'American arbitration association, mais des Comités nationaux existent dans chaque pays participant. Le règlement est calqué sur celui de l'American arbitration association ; le siège du tribunal arbitral n'est pas fixe et se trouve choisi au mieux de l'intérêt des parties ; la détermination de la loi applicable n'est pas prévue. « On a évidemment voulu éviter tout principe rigide, afin de permettre au règlement de la I.A.C.A.C. de s'adapter aux nécessités parfois très divergentes des législations américaines (20). »

En 1943, l'American arbitration association a mis sur pied la Canadian american commercial arbitration commission, dont les deux sections ont leur siège, l'une à Montréal, l'autre à New York, et dont le règlement est très voisin de celui de l'American arbitration association.

228. — L'American arbitration association a fait réaliser un immense progrès à l'arbitrage international par l'établissement de clauses d'arbitrage dites « mixtes », rendues possibles par la souplesse des règlements de ces systèmes internationaux et la similitude qui existe entre ceux-ci.

La plus remarquable est celle adoptée en 1943, qui réalise la jonction entre les systèmes nord-américain, inter-américain et canado-américain, et prévoit que le Joint arbitration committee statuera pour le cas où les parties ressortissent à des organisations différentes (21). Des clauses mixtes

(19) Klein, *op. cit.*, 1955, pp. 21 et ss.

(20) Klein, *op. cit.*, 1955, p. 24.

(21) « Tout différend ou toute réclamation qui viendraient à s'élever à l'occasion de ce contrat ou s'y rapportant, ou encore sa rupture, sera tranché par arbitrage suivant les règles de l'American arbitration association. Si toutefois, une ou plusieurs des parties sont domiciliées dans une des républiques de l'Amérique latine, les règles de l'Inter American commercial arbitration commission devront être appliquées. Si une ou plusieurs des parties sont domiciliées au Canada, les règles de la Canadian american commercial arbitration commission devront être appliquées. Au cas où un doute s'élèverait sur les règles applicables d'après ces dispositions, le Joint arbitration committee établi par ces Organismes devra nécessairement les déterminer ».

furent également passées par l'American arbitration association avec la Chambre de commerce de Manchester, en 1946, avec la London court of arbitration, en 1947, avec les Chambres de commerce australiennes, en 1949 (22).

§ 3. — *La Cour arbitrale européenne.*

229. — C'est la dernière née des institutions internationales d'arbitrage. De même que la Chambre de commerce internationale s'était constituée principalement dans le but de créer une Cour d'arbitrage, l'Association formée le 7 novembre 1959, sous l'appellation de « Centre d'études et d'arbitrage de droit européen » (C.E.A.), s'est donné comme fonction « d'assurer l'échange de consultations juridiques et de créer une Cour arbitrale européenne ».

Cette création prouve une fois de plus, que l'arbitrage répond à des besoins particuliers. L'avènement du Marché Commun a donné une ampleur nouvelle aux contrats passés entre ressortissants des Etats membres de la Communauté Economique Européenne, et a, de ce fait, suscité de nouveaux problèmes : « le régime des sociétés des pays membres de la C.E.E., le droit d'établissement, diverses questions de droit commercial et de droit du travail, questions de concurrence déloyale, le droit fiscal et douanier, sont devenus des problèmes brûlants sur le plan du droit des affaires des pays membres de la C.E.E. » (23).

230. — La Cour arbitrale européenne, établie au siège du Conseil de l'Europe à Strasbourg, connaît exclusivement des litiges nés entre ressortissants des pays membres de la Communauté Economique Européenne.

La Cour arbitrale est soumise à un règlement assez original. Constituée essentiellement de juristes, elle comprend, dans sa composition « A », un président, désigné alternativement par la Chambre de commerce de Strasbourg, et la Chambre de commerce de Freiburg (Bade) pour une durée de six mois, et deux assesseurs pris parmi les membres du Centre d'études et d'arbitrage de droit européen. De ces deux assesseurs, l'un est ressortissant du pays du demandeur, l'autre est ressortissant du pays du défendeur. Cependant, la participation d'arbitres-techniciens est prévue. Dans sa composition « B », la Cour comprend deux arbitres, choisis par chacune des parties, qui désignent d'un commun accord le président parmi les avocats membres du C.E.A.

(22) Pour une étude plus détaillée de ces clauses, voir Carabiber, art. préc., *Rev. dr. soc.*, 1956, p. 457 ; *op. cit.*, 1960, p. 26 ; *Juriscl. dr. intern.*, Fasc. 587 B, n° 69 ; Klein, *op. cit.*, 1955, pp. 21 à 32 ; art. préc., *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, p. 282.

(23) Publication du C.E.A. relative à la création de la Cour arbitrale. Il faut remarquer que la Cour de justice instituée « pour assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application » des traités, de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier, du 18 avril 1951, de la Communauté Economique Européenne et de l'Euratom, du 25 mars 1957, est compétente d'après les deux traités : 1° — pour statuer en vertu d'une clause compromissoire contenue dans un contrat de droit privé passé par la Communauté ou pour son compte ; 2° — pour statuer sur tout différend entre Etats membres en connexité avec l'objet des traités si ce différend lui est soumis en vertu d'un compromis.

La Cour elle-même est juge, d'après les articles 8 et 9 ; elle règle la procédure selon sa libre appréciation et détermine souverainement le droit applicable si les parties n'ont rien convenu ou ne conviennent rien à ce sujet. L'article 9 indique en outre expressément que « le fait de se soumettre à l'arbitrage de la Cour arbitrale européenne n'emporte pas pour les parties l'application à leur litige du droit français ». Les sentences rendues le sont en dernier ressort ; elles sont rédigées dans la langue du défendeur.

231. — Il est encore trop tôt pour se prononcer sur le sort de cette nouvelle institution internationale ; cependant, de sa réussite ou de son échec dépend en grande partie le développement de la Communauté Economique Européenne. M. Robert, devant l'Association des juristes européens, lors du colloque du 19 novembre 1960 portant sur « l'organisation européenne de l'arbitrage » soulignait le lien existant entre les deux institutions : « il n'est pas de relations économiques suivies et durables qui soient possibles si n'est aussi organisé le règlement des litiges qui en sont l'une des conséquences nécessaires. De la qualité du mode de règlement adopté peut dépendre l'aisance des rapports économiques. Faute de juridictions communes pratiquement possibles, c'est nécessairement à l'arbitrage qu'il faudra recourir dans la majorité des cas. Cela suppose que soit aussi poussée l'organisation européenne de l'institution » (24).

SECTION II

ARBITRAGE INTERNATIONAL ET ECONOMIE PLANIFIEE

232. — L'examen de l'arbitrage dans les pays de l'Est doit être abordé avec beaucoup de circonspection. Les ressortissants de ces pays ont sans doute une certaine prédisposition à considérer que leurs institutions sont au-dessus de tout reproche, d'autant que les travaux des Occidentaux, notamment des Américains, sont souvent empreints à leur égard d'une certaine partialité. Les études faites par l'Association Internationale des Sciences Juridiques, à Rome, du 24 février au 1^{er} mars 1958, où se trouvaient des juristes de l'Est européen d'une part, de l'Europe occidentale et des Etats-Unis d'Amérique d'autre part (25) sont extrêmement précieuses, étant donné « la liberté et la franchise relative des débats » (26).

(24) Compte rendu, *Rev. arb.*, 1960, p. 138.

(25) La conférence groupait dix-sept participants, représentant onze pays (Belgique, Bulgarie, Etats-Unis d'Amérique, France, Italie, Pologne, Royaume-Uni, Suède, Tchécoslovaquie, Union des Républiques socialistes soviétiques, Yougoslavie). Les rapports ont été publiés après mise à jour de janvier 1960, sous le titre « Aspects juridiques du commerce avec les pays d'économie planifiée », Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1961.

(26) Harold J. Berman, *ibidem*, Rapport final, p. 11.

Les participants étaient en nombre assez restreints pour que les contacts directs fussent possibles ; réunis en tant que juristes « en une sorte de société savante sous les auspices de l'U.N.E.S.C.O. », ils ont pu aborder certaines questions qu'il leur aurait été très difficile de discuter en qualité de représentants d'un Gouvernement.

233. — Il faut remarquer d'abord que les institutions d'arbitrage qui existent ont été créées spécialement pour le Commerce extérieur.

Sans doute, bien que l'activité économique essentielle soit confiée à des organismes étatiques ou socialistes, et réglementée minutieusement en fonction des plans, bien qu'il ne reste rien, ou presque, à débattre, un système de contrats a été maintenu. On a montré (27) que le rôle de ces contrats n'était pas seulement économique, mais aussi psychologique, le respect de la parole donnée s'ajoutant à l'obligation légale.

234. — L'arbitrage d'Etat existe (28), mais son aspect reste très particulier, étant donné que sa tâche est « d'appuyer efficacement l'économie planifiée ». Même si les éléments de fait, servant de base à la requête, sont dûment prouvés au cours de la procédure d'arbitrage, et si l'exactitude de la prétention du requérant en résulte, l'arbitre peut statuer tout autrement si les nécessités de la planification économique l'exigent (29).

Aussi les tribunaux d'arbitrage d'Etat sont-ils organisés en fonction des fins poursuivies. Les « juges arbitres » sont nommés et rigoureusement hiérarchisés ; ils sont subordonnés aux organes de l'administration. « Ce système garantit l'influence prépondérante de ces organes et leur surveillance sur les décisions rendues dans les litiges patrimoniaux entre des organisations socialistes qui leur sont subordonnées » (30).

Il est bien évident qu'une pareille organisation ne peut jouer dans les relations avec les autres pays.

235. — Les activités relatives au Commerce extérieur sont l'apanage des entreprises étatiques, dites du commerce extérieur. Un auteur se demande pourquoi, dans ces conditions, « les entreprises du commerce

(27) David, *Traité élémentaire de Droit civil comparé*, Chapitre III, p. 325.

(28) Le système spécial de Cours économiques appelées Goserbitraz juge quelques 400 000 cas entre les entreprises privées chaque année ; Samuel Pisard, « Le traitement de l'arbitrage communiste du commerce extérieur devant les Cours Occidentales », *Aspects juridiques du Commerce avec les pays d'économie planifiée* 1961, p. 170, n° 1.

(29) J. Stepina « Contrats économiques et arbitrage d'Etat en Tchécoslovaquie », *Bulletin de droit tchécoslovaque*, VIII, n° 4, p. 402, cité par Othmar Mayenfisch, « La clause attributive de juridiction et la clause arbitrale dans les contrats de vente à caractère international », *thèse* Lausanne 1957, p. 85.

(30) Ivan St-Vlahoff « Le Tribunal d'Etat dans la République populaire de Bulgarie », *Rev. int. dr. comp.*, 1959, p. 733. L'auteur montre comment la loi du 31 mai 1950 a créé une organisation d'arbitrage qui comprend des tribunaux administratifs, institués, près de tous les ministères ainsi qu'auprès des fédérations régionales de coopératives, des tribunaux inter-administratifs institués près des comités exécutifs des conseils populaires d'arrondissement, et un Tribunal d'arbitrage suprême, près du Ministère de la Justice qui connaît des affaires les plus importantes, et dirige les travaux de tous les tribunaux d'arbitrage du pays.

extérieur n'exigent pas, comme le font généralement les corporations de droit public d'Etats non communistes, la soumission des litiges éventuels à la compétence de leurs tribunaux nationaux, mais entendent conférer cette compétence à une justice extraordinaire, celle des Cours ou Commissions d'arbitrage pour le commerce extérieur » (31).

La réponse est assez facile : étant donné l'importance des contrats internationaux, les parties désirent une sécurité juridique aussi absolue que possible, sans laquelle elles préféreraient ne pas contracter (32). La méfiance qui règne vis-à-vis des pays de l'Est accroît le besoin de connaître la juridiction éventuellement compétente, le règlement et le droit applicable. Aussi, ces pays ont-ils mis sur pied des juridictions arbitrales qui échappent, à l'inverse des juridictions officielles, au contrôle de l'Etat.

C'est ce qui explique que « les différends, nés des contrats de commerce conclus entre les commerçants privés, ou les organes gouvernementaux des pays à économie non planifiée d'une part, et les représentants, ou les organisations des pays à économie planifiée de l'autre, sont d'habitude résolus par la voie de l'arbitrage commercial » (33).

Après avoir donné un aperçu du fonctionnement de ces organismes, nous essayerons de formuler un jugement de valeur sur leur jurisprudence.

§ 1. — Le fonctionnement des institutions arbitrales pour le commerce extérieur.

§ 2. — Appréciation critique.

§ 1. — *Le fonctionnement des institutions arbitrales pour le commerce extérieur.*

236. — Ces institutions présentent des traits communs : créées spécialement pour le Commerce extérieur, elles ont, dans ce domaine, une compétence générale et ne sont pas spécialisées dans une branche de commerce déterminée, si l'on excepte la Chambre arbitrale du Coton de Gdynia et la Commission d'arbitrage maritime auprès de la Chambre de Commerce de l'U.R.S.S. (34).

Inversant la formule d'un auteur (35), nous pouvons dire que, bien qu'elles soient internationales par leur activité, puisque leur but est de trancher des litiges qui s'élèvent dans le domaine du commerce extérieur, elles ne le sont pas dans leur constitution.

La création des Cours arbitrales pour le commerce extérieur s'est effectuée dans un cadre destiné à dissiper la méfiance des ressortissants

(31) Mayenfisch, *op. cit.*, p. 84.

(32) En particulier lorsque ces contrats portent sur de grands travaux et ont un caractère successif : Voir Carabiber, *op. cit.*, 1960, p. 43.

(33) Dr Jaroslav Zourek « Quelques observations sur les difficultés rencontrées lors du règlement judiciaire des différends nés du commerce entre les pays à structures économiques et sociales différentes », *Clunet* 1959, p. 638.

(34) Peter Benjamin « Aperçu des institutions arbitrales de l'Europe de l'Est qui exercent une activité dans le domaine de l'arbitrage commercial international », *Rev. arb.*, 1957, p. 115.

(35) *Ibidem*, p. 116.

de pays à économie libre : la Commission arbitrale pour le commerce extérieur et la Commission maritime établies près de la Chambre de commerce de l'Union Soviétique, en sont un exemple.

En effet la Chambre de commerce est une organisation « sociale », et non un organisme « étatique » ; cela signifie que l'affiliation aux organisations sociales est volontaire et que les membres de cette organisation participent dans une mesure relativement large à l'administration de leurs affaires.

237. — Sur le même mode, se sont constitués des tribunaux arbitraux dans les pays à économie planifiée. Les principales institutions, dont on trouvera la liste dans l'article de M. Peter Benjamin (36) et l'analyse dans l'ouvrage de M. Mayenfisch (37) sont : la Cour d'arbitrage auprès de la Chambre polonaise du commerce extérieur, créée en 1949 ; la Cour d'arbitrage près la Chambre de commerce de Tchécoslovaquie, créée également en 1949 ; la Cour d'arbitrage pour le commerce extérieur de Yougoslavie, dont le règlement date de 1947 ; la Commission d'arbitrage des affaires commerciales près la Chambre de commerce de Sofia, calquée sur celle de l'U.R.S.S., et née en 1952 ; la Cour arbitrale de la Chambre du commerce extérieur de la République démocratique allemande, de 1954.

238. — Les règlements de ces institutions se ressemblent : des listes d'arbitrages sont proposées aux parties sur lesquelles ne figurent, en général, que des citoyens de l'Etat auquel appartient le tribunal arbitral (38). Le nombre des arbitres est variable ; la Commission d'arbitrage du commerce extérieur de l'U.R.S.S. comporte quinze membres, qui sont, pour la plupart « d'éminents professeurs de droit ou d'économie, spécialisés dans les questions de commerce international » (39).

Le lieu de l'arbitrage est celui de la Chambre de commerce extérieur, excepté pour l'Allemagne orientale et la Tchécoslovaquie, où il est prévu que les arbitres peuvent siéger à l'étranger. Les parties ont la faculté de se faire représenter par un mandataire, même de nationalité étrangère.

239. — Le droit applicable est susceptible de plus de variations : cependant, le principe posé — en général l'application de la loi du for — est toujours susceptible de céder devant une convention expresse des parties. De plus, une large part est faite aux coutumes commerciales et à l'équité. Le règlement de la Commission d'arbitrage de la Chambre de commerce de l'U.R.S.S. ne prévoit rien à ce sujet : d'après son Président, M. Ramzaitsev (40) « en ce qui concerne la forme des contrats,

(36) *Loc. cit.*, p. 115.

(37) *Op. cit.* 1957, pp. 83 à 150. L'auteur a reproduit in extenso les règlements des différentes organisations arbitrales, ce qui est extrêmement précieux, car il est très difficile de se les procurer.

(38) En Pologne, en Tchécoslovaquie et en Roumanie, des étrangers peuvent figurer sur la liste d'arbitres, mais en fait, ils n'y figurent jamais.

(39) Harold Berman, *loc. cit.*, 1961, p. 26.

(40) D. F. Ramzaitsev « La jurisprudence en matière de droit international privé de la Commission arbitrale soviétique pour le commerce extérieur », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, p. 459.

la pratique de la Commission arbitrale pour le commerce extérieur découle du principe selon lequel les contrats commerciaux conclus par des organismes soviétiques ne sont valables que s'ils observent les formes prescrites par le droit soviétique ». Quant au fond, la Commission recherche avant tout quelle a été la volonté des parties. Lorsqu'il s'agit de déterminer le droit national applicable au contrat, la Commission reconnaît une importance décisive à l'accord des parties sur ce que l'on appelle le « choix du droit » (41). A défaut d'accord entre les parties, la Commission prend en considération le lieu où le contrat a été passé ; en l'absence de règles de droit sur les points litigieux, on applique les coutumes commerciales en vigueur dans la législation qui régit le contrat. En général, les sentences rendues ne sont pas susceptibles d'appel (42).

En fin de compte, comme s'est attaché à le montrer M. Benjamin (43), il existe une certaine analogie entre la procédure et la composition de ces tribunaux arbitraux et celles des institutions arbitrales de l'Europe de l'Ouest. La différence fondamentale est que la comparaison n'est soutenable qu'avec des chambres arbitrales de droit interne, qui régissent les conflits survenant entre leurs membres. On conçoit alors combien on est éloigné du concept de juridiction internationale.

§ 2. — *Appréciation critique.*

240. — Porter un jugement sur l'organisation de l'arbitrage international dans les pays à économie planifiée reste une tâche difficile : « l'absence d'information précise sur l'arbitrage dans les pays de l'Est a toujours été un des facteurs contre l'utilisation des facilités d'arbitrages offertes par ces différentes institutions dans le commerce Est-Ouest, et aussi une source de méfiance », a-t-on écrit (44).

Il semble que les ressortissants des pays occidentaux se soumettent assez volontiers à l'arbitrage dans les pays de l'Est. M. Ramzaitsev (45) constate « l'accroissement continu du nombre des accords d'arbitrage stipulant la soumission des litiges à la Commission : des sociétés et des

(41) *Ibidem*, p. 467 ; l'auteur donne plusieurs exemples de cas où la Commission arbitrale a appliqué un droit étranger « dans la mesure et la même manière qu'il le serait dans le pays d'origine ». « Un tel mode d'application du droit étranger », dit-il « découlant du principe de l'égalité et de l'intérêt réciproque des parties contractantes — principe fondamental de la politique soviétique en matière de commerce extérieur — apparaît comme le seul moyen possible d'offrir aux parties contractantes les garanties nécessaires contre l'interprétation arbitraire du droit étranger » (p. 472).

(42) Une exception curieuse, le règlement de la Chambre de Coton de Gdynia prévoit, en ce qui concerne les sentences sur qualités, une procédure d'appel devant la Chambre de Coton du Havre.

(43) La procédure et la composition des cours arbitrales dans les pays de l'Est sont analysées dans les ouvrages précités, de P. Benjamin et Othmar Mayenfisch, et dans l'étude de P. Van Reepinghen « L'arbitrage dans les différends commerciaux entre organisation de pays à économie planifiée et contractants de pays à économie libre », Aspects juridiques du Commerce avec les pays d'économie planifiée, préc. 1961, p. 223.

(44) *Loc. cit.*, *Rev. arb.*, 1958, p. 10.

(45) *Loc. cit.*, p. 461.

entreprises commerciales de plus de 30 nations étrangères ont été parties à des litiges qui les opposaient aux organismes soviétiques pour le commerce extérieur ».

Cependant, pour certains, cela ne signifie pas grand chose ; il s'agit de savoir si cet arbitrage est librement accepté, ou s'il ne l'est que parce qu'il représente la condition de la conclusion du contrat.

241. — Les opinions sont encore bien plus divergentes lorsqu'il s'agit de la prétendue impartialité de ces juridictions.

Pour le Président de la Commission arbitrale du commerce extérieur de l'U.R.S.S., dès les premières années de son activité, celle-ci acquit, dans le commerce avec l'étranger, la réputation d'une organisation arbitrale objective, appliquant sans déviation le principe de l'égalité et de l'intérêt réciproque des parties (46).

Un auteur affirme qu'« il ne ressort pas avec évidence des recueils accessibles de décisions rendues par la Commission d'arbitrage du commerce extérieur, que celle-ci juge de façon injuste ou partielle » (47), mais il repousse cependant avec vigueur la comparaison entre les juridictions arbitrales des Chambres de commerce des pays socialistes et les juridictions arbitrales des Chambres de commerce des pays occidentaux. « La question décisive posée ici est de savoir si les tribunaux des Chambres de commerce ne sont pas, en fait, des agences administratives de leurs gouvernements respectifs, camouflées en juridictions d'arbitrage, et pas du tout de véritables tribunaux d'arbitrage... Etant des organismes publics créés par l'Etat, à responsabilités exclusivement publiques et dont les bureaux et les listes d'arbitres sont inévitablement composés de fonctionnaires, on peut soutenir que leur fonction essentielle est de servir l'Etat sous la direction absolue du ministère du commerce extérieur. » Il y aurait là une opposition fondamentale, prétend-on, avec les associations privées ou les chambres de commerce de libre entreprise « le but de tels organismes étant bien souvent au contraire de défendre les intérêts privés qu'ils représentent, et qui peuvent être en opposition avec ceux de l'Etat ».

242. — Une telle opinion revient à nier, comme le fait remarquer M. Harold Berman (48), l'existence réelle de la distinction entre organismes « sociaux » et organismes « d'Etat ». Cet auteur qui a étudié de très près la jurisprudence de la Commission, notamment sur les rapports originaux de plus de vingt décisions, affirme qu'elle s'est efforcée de mériter une réputation d'impartialité : « elle motive sérieusement ses décisions, et elle a souvent tranché en faveur de la partie non soviétique » (49).

(46) *Ibidem*, p. 460.

(47) Pisard « Le traitement de l'arbitrage communiste du commerce extérieur devant les Cours occidentales », *Aspects juridiques du Commerce avec les pays d'économie planifiée*, 1961, *op. cit.*, p. 169, n° 16.

(48) *Op. cit.*, 1961, p. 27.

(49) *Ibidem*.

On trouve, souvent, comme exemple de la qualité de la jurisprudence arbitrale soviétique (50) l'arbitrage Soviëto-israëlien de 1958. Une agence commerciale, la « Sojuzneft Export », n'avait pas fait les livraisons de pétrole, dues en vertu d'un contrat passé avec la Jordan Investment Ltd, parce que le Ministère du Commerce extérieur avait annulé les licences d'exportation, à la suite de l'invasion de l'Égypte par Israël en 1956. La Commission d'arbitrage du commerce extérieur, saisie en vertu de la clause compromissoire incluse dans le contrat, refusa toute allocation de dommages-intérêts à la Jordan Investment Ltd.

Cette décision a été très critiquée, aux motifs que l'Agence soviétique n'avait fait aucune diligence pour obtenir la mainlevée de l'interdiction, et qu'il ne s'agissait pas, en outre, d'un cas de force majeure.

Les problèmes juridiques, de l'avis de M. Harold Berman, n'étaient pas aussi simples. Les causes d'inexécution prévues au contrat étaient plus larges que le simple cas de force majeure ; l'autonomie juridique du défendeur faisait obstacle à la prétention du demandeur, qui soutenait que les liens étroits existant entre le Ministère du commerce extérieur et l'Agence soviétique d'exportation des pétroles auraient dû conduire cette dernière à obtenir au moins la mainlevée de l'interdiction.

De plus, les circonstances politiques assez particulières de l'affaire l'empêchent de constituer un exemple significatif de la jurisprudence de la Commission arbitrale.

243. — Il semble que l'impartialité de la Commission soit considérée comme acquise. Sans doute, certaines décisions, notamment dans la jurisprudence suisse, ont refusé de reconnaître les sentences des Cours arbitrales des pays de l'Est « qui ne pouvaient mettre les parties sur un pied d'égalité et rendre une décision indépendante (51) ». Cependant le 12 février 1958, le Tribunal Fédéral cassa l'arrêt de la Cour de Zurich rendu dans l'affaire Ligna c/Baumgartner et décida, après un examen minutieux de l'organisation du tribunal arbitral tchécoslovaque, que « l'on ne peut dénier à celui-ci, bien que ses membres aient une certaine influence indirecte sur l'élaboration de la liste des arbitres, l'indépendance requise pour juger les différends commerciaux entre un membre et un non-membre (52) ». La Court of appeals de New York, dans un arrêt Amtorg Trading Corporation c/Camden Fibre Mills Inc. (53), adopte à peu près la même position, aux motifs que si « une telle commission est un organisme public soumis à l'autorité hiérarchique du Commissariat

(50) Par ex. : Carabiber, *op. cit.*, 1960, p. 53.

(51) Othmar Mayenfisch, *op. cit.*, 1957, pp. 86-87 ; Pisar, *op. cit.*, 1961, p. 163, qui étudie un arrêt de la Cour supérieure de Zurich, du 15 mars 1957, Ligna c/Baumgartner et Cie. La Cour affirmait que la composition de la Cour d'arbitrage de Prague était contraire à l'ordre public suisse, la juridiction arbitrale manquant de l'indépendance requise, tant par son caractère étatique que par la façon dont sont nommés les arbitres.

(52) T. F. arrêt du 1^{er} fév. 1958, Ligna c/Baumgartner, *Rev. arb.*, 1959, p. 25.

(53) Cité et commenté par S. Pisar, *op. cit.*, 1961, p. 163 ; The arbitration journal, 1951, n° 1, p. 53, Commentaire également dans Klein, *Considérations sur l'arbitrage en dr. int. pr.*, 1955, préc., p. 160.

du Peuple pour le Commerce extérieur, c'est cependant une personne morale ayant le droit de posséder des biens, capable de s'obliger par contrat et d'ester en justice, ayant ses propres finances et organisant ses propres « élections ».

244. — Il reste que l'impartialité des juridictions arbitrales des pays à économie socialiste ne suffit pas à apaiser les craintes des ressortissants de pays à économie libre ; pour certains, elle apparaît comme une « impartialité préméditée ». « Le principal but des pays communistes, en créant des tribunaux d'arbitrage a été d'attirer chez eux, autant que possible, le contentieux concernant les entreprises d'Etat, et d'empêcher que ce contentieux aille à des « Cours bourgeoises suspectes » (54). Comme le recours à l'arbitrage dépend de la volonté de s'y soumettre, la politique suivie en ce domaine par les pays de l'Est imposerait aux juridictions arbitrales cette impartialité.

Certes, le résultat est le même, mais s'il s'agit d'une politique, celle-ci est susceptible de changer. Aussi, « l'impression, plus psychologique que réelle, existe et peut amener chez les partenaires une certaine réticence à signer des contrats contenant une clause attributive de compétence à des juridictions arbitrales du pays de l'Est » (55).

Des vœux ont été formulés (56), des propositions mises à l'étude (57), pour améliorer le système d'arbitrage offert par les pays de l'Est. Cependant, en l'état actuel, tous les auteurs reconnaissent que le recours à l'arbitrage, tel qu'il se présente, est encore le meilleur moyen de régler les différends entre les ressortissants des pays à économie libre et ceux des pays à économie planifiée.

(54) Pisar, *ibidem*.

(55) « L'arbitrage dans les différends commerciaux entre organisations de pays à économie planifiée et contractants de pays à économie libre », *op. cit.*, 1961, p. 215.

(56) Voir le rapport final Harold J. Berman, préc., « Le règlement des différends pourrait être confié à une commission spéciale d'arbitrage composée de membres américains, soviétiques et de ressortissants de pays tiers ; à tout le moins, les listes d'arbitres de la Commission soviétique d'arbitrage du commerce extérieur devraient comprendre un nombre important d'occidentaux connus et respectés des hommes d'affaires de l'Ouest ».

(57) En 1946, l'American Arbitration Association avait proposé à la Commission soviétique d'Arbitrage la création d'une commission arbitrale mixte ; le Groupe de travail de la Commission économique pour l'Europe, en 1955, 1956, 1957, a examiné les problèmes de l'organisation de l'arbitrage entre les pays d'Est et d'Ouest. La Convention de Genève a prévu l'institution d'un Tribunal ad hoc (voir *supra*).

TITRE II

LA REPARTITION DE COMPETENCE ENTRE LES TRIBUNAUX OFFICIELS ET LA JURIDICTION ARBITRALE

245. — La convention arbitrale produit à la fois un effet négatif, le dessaisissement des tribunaux officiels, et un effet positif, l'obligation de recourir à la procédure instituée par le compromis (1).

C'est au niveau de ce double effet que se pose avec le plus d'acuité le problème de la nature de l'arbitrage, sur lequel on ne peut se dispenser de prendre parti (2). Il faut savoir si l'on trouve, évinçant la compétence des tribunaux officiels, une compétence concurrente ou un pouvoir de nature différente, à cause de son origine contractuelle. Ramener l'arbitrage exclusivement à sa base conventionnelle, ou admettre au contraire que la mission conférée à ces juges occasionnels est l'exercice d'une fonction juridictionnelle, conduit à des solutions opposées, car la notion de compétence, spécifique de la juridiction, ne supporte pas d'être altérée.

246. — On a insisté fortement sur le caractère exceptionnel de cette « compétence » des arbitres qui est limitée à l'objet précis du litige, et disparaît dès la sentence rendue, constituant une dérogation à l'investiture publique des juridictions officielles (3). On met en relief (4) l'article 1028 du Code de procédure civile, qui permet de faire annuler la sentence lorsqu'elle a été rendue sur un compromis nul ou inexistant. Par ce biais, on arrive à considérer les pouvoirs de la juridiction arbitrale comme étant essentiellement de nature contractuelle (5), et l'on a pu écrire que

(1) Glasson, Tissier, Morel, T. V, n° 1816 ; Morel, « La clause compromissoire en matière commerciale », *Rev. crit. lég. et jurisp.*, 1926, p. 486, n° 32 ; Hébraud, « Le recours à l'arbitrage », *Informateur du Chef d'entreprise*, 1952, p. 359.

(2) En ce sens, Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1958, p. 659 ; 1962, p. 161.

(3) Voir par ex. : Boulbès, « Sentence arbitrale, autorité de la chose jugée et ordonnance d'exequatur », *J. C. P.* 1961, I, 1 660.

(4) Morel, art. préc., n° 36 ; Boulbès, art. préc. et note sous Paris, 19 mai 1961, *J. C. P.* 1961, II, 12 329.

(5) Voir *infra*, n° 307 et ss.

les questions de compétence sont « étrangères » aux arbitres « puisque leur droit de juger est la conséquence d'une convention, et non de l'organisation judiciaire » (6).

Il est vrai que l'appréciation de la compétence de l'arbitre subit fortement l'influence de son origine contractuelle, et que l'absence totale de pouvoir de l'arbitre affecte « par l'anéantissement de sa base conventionnelle, l'institution même de la juridiction arbitrale (7) ». On peut même comparer, en ce cas, l'arbitre à un usurpateur de fonction (8).

247. — Il est cependant excessif de ne voir dans la mission conférée aux arbitres qu'un simple pouvoir de nature contractuelle (9). On peut tout d'abord se demander avec un auteur (10) comment la compétence soustraite au juge est susceptible de disparaître ou de se transformer ; mais surtout, il faut remarquer que la jurisprudence n'a pu donner leur pleine efficacité aux conventions arbitrales qu'en se prononçant, dans l'option qui lui était ouverte, en faveur du caractère juridictionnel des pouvoirs de l'arbitre.

On trouve un certain nombre de décisions qui affirment que « la juridiction arbitrale n'a pas de compétence propre et n'a jamais qu'une compétence d'emprunt » (11), ou que la « prétendue » contestation sur la compétence des arbitres se ramène à une simple contestation « relative à l'existence du compromis » (12). Mais la Cour de cassation elle-même ne suit pas cette voie. Elle reconnaît que les arbitres sont détenteurs d'une véritable fonction juridictionnelle, qu'elle sanctionne, non par l'opposition à l'ordonnance d'exequatur, mais par l'appel (13). Nous verrons qu'elle a toujours reconnu aux arbitres qualité pour apprécier « l'étendue de leur compétence ». Comment d'ailleurs expliquer qu'elle leur réserve le droit d'apprécier si la convention d'où naît l'investiture contient ou non une atteinte à l'ordre public, si ce n'est en admettant que leur pouvoir est de même nature que celui des juridictions officielles ?

248. — Ce sont surtout les effets de la convention arbitrale qui ont donné à la haute juridiction l'occasion d'affirmer expressément que les arbitres sont détenteurs d'une véritable compétence.

Les solutions données ont une portée générale (14), et concernent aussi bien le compromis que la clause compromissoire, mais les difficultés

(6) Savatier, note sous Angers, 27 mars 1953, D. 1954, p. 107.

(7) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1962, p. 164.

(8) Japiot, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1937, p. 194.

(9) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1961, p. 548 ; 1962, pp. 161, 189.

(10) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1962, p. 161.

(11) Paris, 14 mai 1959, D. 1959, p. 437, note Robert ; G. P. 1959, 2, p. 257 (sous note) ; *Rev. arb.*, 1959, p. 119.

(12) Paris, 19 mai 1961, J. C. P. 1961, II, 12 329, note Boulbès ; dans le même sens, Grenoble, 7 mars 1961, J. C. P. 1961, éd. Avoués, IV, 3 872, note J. A. ; Paris, 3 juil. 1961, D. 1961, p. 693.

(13) Com. 10 nov. 1947, J. C. P. 1947, II, 3 968, note Cavarroc ; D. 1948, p. 16.

(14) En ce sens Hébraud, art. préc., 1952, p. 360 ; obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1958, p. 659.

ont surgi principalement à partir de celle-ci, et ont offert à la jurisprudence l'occasion de se prononcer sur sa nature.

En effet, alors que le compromis s'analyse comme « la convention par laquelle les parties s'accordent, pour faire juger, par des arbitres qu'elles désignent, une contestation déterminée (15), la clause compromissoire est « une promesse de compromis relativement à des litiges non encore nés et purement éventuels, réalisant une soumission volontaire à l'arbitrage » (16). Toutes les définitions concordent et mettent l'accent sur le fait que le litige ne se produira peut-être jamais (17).

249. — Or le compromis laisse une place moins importante aux discussions sur la compétence que la clause compromissoire. Ainsi que le remarque M. le Professeur Hébraud « l'accord préalable sur les termes du litige contient en lui-même une définition de la compétence » (18).

De plus, le passage de la promesse de compromettre à la réalisation du compromis risque de ne pas se produire sans heurt, et la volonté initiale de l'une des parties de recourir à l'arbitrage peut bien avoir disparu, lorsque le litige survient. Pas plus que le Code de procédure civile, la loi du 31 décembre 1925, autorisant la clause compromissoire en matière commerciale, n'a envisagé le cas où l'acceptation de la clause serait suivie d'un refus de passer à l'exécution. C'est à la jurisprudence qu'il a incombé de préciser son régime et ses effets. Pour ce faire, elle n'a pu se dispenser de prendre parti sur la nature de cette promesse de compromettre.

250. — Rejetant la thèse de certains auteurs suivant lesquels il ne s'agissait que d'une obligation de faire (19), la Cour de cassation, dans deux arrêts des 27 février 1939 et 22 janvier 1946 (20), se prononce pour une « clause attributive de compétence », par laquelle les parties « se sont obligées à enlever aux tribunaux de droit commun la connaissance du litige qui les divise pour le confier à un tribunal arbitral ». On retrouve cette qualification dans maintes décisions (21).

(15) Glasson, Tissier, Morel, T. V, n° 1801.

(16) Cornu et Foyer, *Procédure civile*, p. 59.

(17) Garçonnet et Cézard-Bru. T. VIII, n° 220; Glasson, Tissier, Morel, T. V, n° 1801-1812; Laborde-Lacoste, *Exposé méthodique de procédure civile*, pp. 351-357; Cuhe et Vincent, n° 612; Morel, art. préc. 1926, n° 10; *Rep. civ.*, V° Compromis-clause compromissoire; Robert, *Rep. proc. civ.*, V° Compromis; *Traité*, n° 30; n° 90. Sur la distinction entre compromis et clause compromissoire, voir Robert, *Traité*, n° 121; Morel, art. préc., *ibidem*.

(18) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1961, p. 548.

(19) En ce sens, Cézard-Bru, « Commentaire de la loi du 31 décembre 1925 », *Lois nouvelles*, 1926, 1, p. 181; Wahl, « La clause compromissoire en matière commerciale », *J. C. P.* 1927, p. 4; Morel, art. préc. 1926, n° 11; Brêthe de la Gressaye note sous Bordeaux, 7 avril 1932, S. 1933, 2, p. 17; contra : Thaller et Percerou, T. II, n° 2261; Pic, note sous Aix, 4 juil. 1934, D. P. 1937, 2, p. 9; Robert, note sous Bordeaux, 7 avr. 1932, S. 1933, 2, p. 81.

(20) Req. 27 fév. 1939, J. C. P. 1939, II, 1121; G. P. 1939, 1, p. 678; Civ. 22 janv. 1946, G. P. 1946, 1, p. 134.

(21) Voir par ex. : Paris, 7 janv. 1954, G. P. 1954, 1, p. 224; 19 janv. 1954, G. P. 1954, 1, p. 332; 20 fév. 1958, *Rev. arb.* 1958, p. 23; Amiens, 20 oct. 1959, G. P. 1959, 2, p. 256.

Le principe de l'incompétence des tribunaux ordinaires en présence d'une convention arbitrale est incontesté aujourd'hui, aussi bien en jurisprudence que parmi les auteurs (22).

« Corollaire inévitable de cette manière de voir », d'après l'un de ces derniers (23), conséquence, en tout cas, du principe posé quant à la nature de la clause compromissoire, les juridictions officielles ont suppléé à l'inaction de la partie récalcitrante en se substituant à elle dans la constitution du tribunal arbitral.

Il semble difficile de ne pas admettre que, malgré les décisions citées plus haut, la jurisprudence, dans son ensemble, ait reconnu dans le pouvoir conféré aux arbitres l'exercice d'une véritable compétence.

251. — Cependant, elle est loin d'avoir édicté des solutions harmonieuses sur tous les problèmes suscités par la répartition de compétence entre tribunaux ordinaires et juridictions arbitrales. C'est précisément le domaine où elle est le plus partagée et où l'on assiste aux revirements les plus fréquents.

Les contradictions que l'on trouve dans son attitude tiennent, selon nous, à deux causes.

Tout d'abord, la compétence des arbitres étant admise en principe, il reste que son étendue et son existence même sont conditionnées par le compromis ou la clause compromissoire. Et il s'avère erroné, une fois de plus, de vouloir opérer une séparation radicale entre la convention originaires, œuvre des parties, et la sentence, œuvre des arbitres. La source contractuelle de l'arbitrage influe fortement sur l'exercice du pouvoir juridictionnel conféré à ceux-ci, et la difficulté est d'en déterminer exactement l'incidence. Il est très difficile d'éviter, suivant l'aspect par lequel on aborde le problème, de tout ramener à la base conventionnelle, ou au contraire d'en faire abstraction de manière excessive ; et l'on trouve en jurisprudence, les deux positions extrêmes. Lorsqu'il s'agit de l'incompétence des tribunaux ordinaires, nous verrons que la Cour de cassation n'a pas hésité à déclarer qu'elle était absolue, voire d'ordre public, négligeant ainsi manifestement l'accord de volonté des parties qui en forme l'origine. Mais lorsque la validité de l'investiture des arbitres est mise en question, la haute juridiction refuse à ceux-ci le pouvoir de statuer, au motif qu'ils ne peuvent apprécier eux-mêmes l'acte dont ils tirent leurs pouvoirs, plaçant ainsi, comme le souligne M. Hébraud (24) « l'arbitrage tout entier sous la dépendance de sa source contractuelle ».

(22) Voir par ex. : Com. 23 janv. 1951, *Bull. civ.*, 1951, n° 39 ; 18 fév. 1953, *Bull. civ.*, n° 74, p. 51 ; Aix, 17 nov. 1932, D. H. 1933, p. 91 ; Paris, 13 déc. 1950, G. P. 1951, I, p. 269 ; 7 janv. 1954, préc. ; 19 janv. 1954, préc. ; 20 fév. 1958, préc. ; Glasson, Tissier, Morel, T. V, n° 1816 ; Robert, *Traité*, n° 123 ; note sous Paris 14 mai 1959 ; D. 1959, p. 437 et réf. cit. ; Bastian, note sous Com. 30 mars 1949, J. C. P. 1951, II, 6180 ; Hébraud, art. préc. 1952, p. 360 ; Motulsky, « Menace sur l'arbitrage : la prétendue incompétence des arbitres en cas de contestation sur l'existence ou la validité d'une clause compromissoire », J. C. P. 1954, I, 1194 et réf. cit. ; note sous Com. 11 oct. 1954, J. C. P. 1955, II, 8665.

(23) Motulsky, art. préc.

(24) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1958, p. 659.

Ces deux attitudes sont excessives, et les décisions des juridictions inférieures, recherchant l'équilibre nécessaire entre les deux composantes de l'arbitrage, sont en désaccord avec la Cour de cassation.

252. — La seconde source des contradictions que l'on peut relever dans la jurisprudence nous semble être d'ordre sentimental. C'est en matière de compétence que l'éviction de la juridiction ordinaire au profit de la juridiction arbitrale se manifeste de la façon la plus sensible, car le domaine de l'une est directement déterminé — et limité — par celui de l'autre. La méfiance ou la sympathie des juges pour l'arbitrage apparaît quelquefois d'une façon immodérée dans leurs décisions.

Cependant, il semble établi que, sauf sur quelques points, d'ailleurs essentiels, la jurisprudence se montre soucieuse d'assurer leur plein effet aux conventions arbitrales ; sa contribution à l'essor de l'institution s'avère donc, sur ce plan, très importante.

On peut même se demander si elle ne va pas quelquefois trop loin. Devant le refus de l'un des plaideurs de participer à la constitution du tribunal arbitral, la Cour de cassation, abandonnant sa position antérieure (25), ne laisse à son adversaire que la possibilité de s'adresser à justice pour ce faire, et non de saisir au fond les tribunaux officiels ; ce serait « retirer unilatéralement toute portée certaine à la clause compromissoire et la rendre illusoire » (26). Or, à partir du moment où la volonté de se soumettre à la procédure arbitrale fait complètement défaut chez l'un des co-contractants, il est certainement préférable d'admettre le retour devant les tribunaux judiciaires, et d'éviter, ainsi qu'on l'a souligné (27), de « prolonger des procédures auxquelles la mauvaise volonté des parties enlève leurs plus grandes chances de succès ».

Dans l'intérêt même de l'arbitrage, il faut, autant que faire se peut, lui conserver son caractère expéditif, et il ne peut que souffrir de ces procédés, susceptibles de susciter une désaffection certaine à son encontre.

253. — Au regard du droit international, si les principes qui régissent l'arbitrage « s'appliquent d'eux-mêmes, dans ce milieu plus vaste, sans requérir transposition ou adaptation » (28), il faut cependant remarquer que nombre d'exigences disparaissent, et que, sous la justification d'un ordre public international différent de l'ordre public interne, les tribunaux ont validé les conventions arbitrales de façon plus large qu'en droit interne (29). Ils ont, par exemple, donné pleine efficacité aux clauses compromissoires souscrites dans les domaines où elles sont interdites sur le plan national ; ce qui ne va d'ailleurs pas sans quelque illogisme et se concilie mal avec la position d'une fraction de la jurisprudence qui voit dans les problèmes de la répartition de compétence entre arbitres

(25) Civ. 29 oct. 1934, G. P. 1934, 2, p. 910 ; D. H. 1934, p. 602.

(26) Req. 27 fév. 1939 ; Civ. 22 janv. 1946, préc..

(27) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1958, p. 659.

(28) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1958, p. 671.

(29) Voir *supra*, n° 83.

et juridictions officielles des conflits de compétence *ratione materiae* (30). C'est cependant dans la dualité de la notion d'ordre public que l'on cherche souvent le remède à certaines solutions jurisprudentielles jugées désastreuses pour la vitalité de l'arbitrage, et d'ailleurs trop particulières à notre droit interne pour ne pas constituer une embûche pour le co-contractant étranger, telles que l'impossibilité des arbitres à statuer sur la validité de leur investiture, jusqu'à l'arrêt de la Cour de cassation du 7 mai 1963 (31), ou la dépendance de la clause compromissoire par rapport au contrat principal (32).

Nous retrouverons d'ailleurs au cours de notre étude ces particularités relatives au droit international.

On peut analyser la répartition de la compétence des tribunaux officiels et de la juridiction étatique à partir des deux effets complémentaires de la convention arbitrale, à savoir l'incompétence des tribunaux officiels d'une part, et la compétence des arbitres d'autre part.

Mais il nous semble préférable, pour faire ressortir le caractère autonome de l'arbitrage, d'étudier comment la compétence arbitrale s'oppose à celles des juridictions officielles, avant d'en apprécier le contenu.

C'est ce qui nous a conduit à grouper nos développements autour des deux idées suivantes :

Sous-Titre I. — Compétence arbitrale et compétence des juridictions officielles.

Sous-Titre II. — La compétence de la juridiction arbitrale.

(30) En ce sens Hébraud, *ibidem*.

(31) Civ. 7 mai 1963, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1963, p. 615, note Motulsky ; D. 1963, p. 545, note Robert ; J. C. P. 1963, II, 13 405, note Goldman ; *Rev. tr. dr. civ.*, 1963, p. 780, note Hébraud ; *Rev. arb.*, 1963, p. 60.

(32) Voir *supra*, n° 85.

SOUS-TITRE I

COMPETENCE ARBITRALE ET COMPETENCE DES JURIDICTIONS OFFICIELLES

254. — La compétence arbitrale entraîne comme conséquence directe l'incompétence des tribunaux judiciaires. Mais les plaideurs peuvent de bonne foi hésiter sur la juridiction à saisir, et provoquer des conflits de compétence, qu'il importe de savoir comment régler. C'est pourquoi nous étudierons successivement :

Chapitre I. — Le mode de règlement des conflits de compétence entre la juridiction officielle et la juridiction arbitrale.

Chapitre II. — L'incompétence des juridictions officielles en présence d'une convention arbitrale.

CHAPITRE I

LE MODE DE REGLEMENT DES CONFLITS DE COMPETENCE ENTRE LA JURIDICTION OFFICIELLE ET LA JURIDICTION ARBITRALE

255. — Les problèmes de répartition de compétence entre les deux ordres de juridiction ont subi le contre-coup de la réforme opérée par les décrets du 22 décembre 1958 et du 2 août 1960 (1). Le nouvel article 169 du Code de procédure civile oblige la partie qui soulève l'incompétence à faire connaître en même temps, et à peine d'irrecevabilité, devant quelle juridiction elle demande que l'affaire soit portée. Quel que soit le jugement du tribunal, la partie qui avait présenté le déclinaire doit, si elle est insatisfaite de la décision, former un contredit motivé dans un délai de dix jours. Le dossier est alors immédiatement transmis par le greffe du Tribunal au greffe de la Cour ; celle-ci désigne la juridiction compétente, qui est obligatoirement saisie de l'affaire au fond.

On conçoit dès l'abord les difficultés que l'application de cette procédure va rencontrer en matière arbitrale. C'est dans l'analyse de la nature des pouvoirs de l'arbitre qu'il faut chercher la clé du problème.

Celui-ci peut se poser sous deux aspects : l'article 169 du Code de procédure civile est-il applicable pour contester la compétence des arbitres ? A l'inverse, l'incompétence de la juridiction officielle, en présence d'un compromis ou d'une clause compromissoire, est-elle justiciable du contredit, et de l'attribution impérative de compétence par la Cour d'appel qu'il implique ?

(1) Sur la réforme : Cuche et Vincent, n^{os} 271 et ss. ; Cornu et Foyer, supplément, 1960, p. 62 ; Lindon, « Les modifications du Code de procédure civile en matière de conflits de compétence », J. C. P. 1959, 1468 ; « La réforme de la procédure en matière de conflits de compétence », J. C. P. 1960, I, 1574 ; Pochon, « Le nouveau régime des exceptions d'incompétence », D. 1959, Chr., p. 233 ; « La théorie de la compétence et la réforme judiciaire », D. 1960, Chr., p. 145 ; Merle et Madray, « La réforme de la procédure civile par le décret du 22 déc. 1958, J. C. P. 1959, I, 1475 ; Giverdon, *Rep. proc. civ.*, V^e Compétence ; D. 1961, I., p. 114 ; Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1959, p. 791 ; 1960, p. 350 ; 1961, p. 178 ; p. 362 ; 1962, p. 172 ; 1963, p. 149 ; p. 400 ; p. 793 ; 1964, p. 170.

Ces deux questions guideront notre étude :

Section I. — Contestation de la compétence des arbitres.

Section II. — Contestation de la compétence des juridictions officielles.

SECTION I

CONTESTATION DE LA COMPETENCE DES ARBITRES

256. — Jurisprudence et doctrine sont d'accord pour exclure la procédure du contredit lorsque la contestation porte sur la compétence des arbitres. Cette solution paraît devoir être approuvée, mais pour d'autres motifs que ceux fournis par les juridictions qui ont eu à se prononcer. Il nous semble donc opportun de traiter :

§ 1. — L'exclusion du contredit par la jurisprudence.

§ 2. — La justification de l'attitude jurisprudentielle.

§ 1. — *L'exclusion du contredit par la jurisprudence.*

257. — Celle-ci a été décidée, notamment par la Cour de Grenoble le 7 mars 1961 et par celle de Paris, le 19 mai 1961 (2), conformément aux vœux de la doctrine (3), mais pour des raisons qui nous paraissent discutables.

La Cour de Grenoble, le 7 mars 1961, rejette l'application de l'article 169 du Code de procédure civile devant la juridiction arbitrale, car celle-ci ne possède pas de greffe nécessaire à la transmission du contredit. D'ailleurs, dit-elle, « la sentence arbitrale ne peut acquérir la plénitude du caractère juridictionnel que par l'intervention d'un juge public chargé de lui donner l'exequatur ». Et elle ajoute que le litige qui lui est soumis, « sous l'apparence d'une question de compétence, porte non pas sur une question de compétence *ratione loci* ou *ratione materiae*, mais sur la validité d'une clause compromissoire et sur l'existence même de l'arbitre en tant qu'arbitre ».

Les deux premiers arguments ne sont pas décisifs :

(2) Grenoble, 7 mars 1961, J. C. P. 1961, éd. Avoués, IV, 3 872, note J. A. ; G. P. 1961, 2, 59, *Rev. tr. dr. civ.* 1961, p. 548, obs. Hébraud ; Paris, 19 mai 1961, J. C. P. 1961, II, 12 329, note R. B. ; voir aussi Angers, 7 mai 1963, J. C. P. 1963, IV, 4 317, obs. J. A.

(3) Note J. A., sous Grenoble 7 mars 1961, J. C. P. 1961, éd. Avoués, IV, 3 872 ; note R. B. sous Paris 19 mai 1961, J. C. P. 1961, II, 12 329 ; Cuhe et Vincent, n° 281 ter, p. 319 ; Giverdon, note sous Paris 12 juin 1962, D. 1963, p. 24 ; Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1962, p. 180 ; 1963, p. 146.

— L'absence de greffier, mise en avant par certains auteurs (4) n'est qu'un obstacle matériel, peu déterminant ; comme le dit M. le Professeur Hébraud (5), « aucune difficulté matérielle n'est insurmontable, au prix de quelque accommodement pratique ».

— Le fait que la sentence dépourvue d'exequatur ne soit pas un acte juridictionnel est extrêmement discutable (6), et la question reste ouverte pour le cas où la sentence aurait été exequaturée. La Cour de Paris, le 19 mai 1961, déclare plus justement le contredit irrecevable, notamment parce qu'à la date de son inscription la sentence n'avait pas encore reçu l'exequatur.

258. — Quant au troisième argument de la Cour de Grenoble, on le retrouve presque trait pour trait dans l'arrêt de la Cour de Paris pour qui les arbitres, en statuant sur leur pouvoir juridictionnel, ont simplement recherché dans quelles conditions ils avaient été désignés et saisis. Il ne s'agit donc pas d'une question de compétence, mais d'une contestation relative à l'existence du compromis.

Cette argumentation que l'on trouve également chez certains auteurs (7), est aussi contestable que dangereuse.

Elle est contestable, car elle ramène la compétence des arbitres à un simple pouvoir de nature contractuelle ; elle est dangereuse, car elle fournit une justification supplémentaire à une certaine jurisprudence suivant laquelle les arbitres ne peuvent statuer sur leur investiture. Il est d'ailleurs surprenant de voir la Cour de Paris adopter ici la thèse inaugurée par la Cour de Grenoble, alors qu'elle affirme, par ailleurs, que les arbitres sont détenteurs d'une véritable compétence, et, par conséquent, habiles à juger de l'existence même de celle-ci.

§ 2. — *Justification de l'attitude jurisprudentielle.*

259. — Pour certains auteurs, c'est l'aménagement du contredit plutôt que l'institution arbitrale qui fait obstacle à l'application de la procédure de l'article 169 du Code de procédure civile (8).

Nous croyons cependant que l'incompatibilité tient également à l'originalité de la procédure arbitrale.

L'incompétence, quelle que soit sa nature, doit, d'après l'article 168 du Code de procédure civile, être soulevée in limine litis, et cette exigence est totalement inapplicable en matière d'arbitrage. On a même dit (9) que le compromis, contenant nécessairement l'exposé des prétentions des parties, équivaldrait à des conclusions au fond, et que la clause compromissoire elle-même pourrait rendre le déclinatoire tardif, en raison de l'accord initial des volontés pour saisir une juridiction arbitrale définie.

(4) R. B., note préc. sous Paris, 19 mai 1961.

(5) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1961, p. 548.

(6) Hébraud, *ibidem* ; Voir *infra*, n° 515 et ss.

(7) Voir notamment J. A. note préc. sous Grenoble, 7 mars 1961.

(8) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1961, p. 548 ; Giverdon, note sous Paris 12 juin 1962, D. 1963, p. 24.

(9) Note J. A., préc.

Sans aller jusque-là, il reste vrai qu'il est très difficile de déterminer le moment où le déclinatoire devra être présenté. Ce n'est pas immédiatement après la signature du compromis que les parties s'apercevront de l'incompétence de la juridiction arbitrale, ni même une fois les arbitres saisis, mais bien souvent au cours des opérations d'arbitrage, voire après la rédaction de la sentence. La Cour de Grenoble et celle de Paris ont statué, d'ailleurs, une fois la sentence rendue.

Si l'on passe sur cette première difficulté, et si l'on admet la possibilité de déterminer le *limen litis*, il faut remarquer qu'en l'état actuel de la jurisprudence, on se heurte à l'exigence de l'ordonnance d'exequatur préalable à toute instance judiciaire (10). Le déclinatoire serait irrecevable avant, et tardif après !

260. — De plus, le caractère exceptionnel et limité de la compétence des arbitres s'accorde mal avec les forclusions rigoureuses du régime nouveau des déclinatoires. A la différence des tribunaux d'Etat, dont la compétence est générale, il paraît difficile d'admettre que les arbitres voient leur incompétence couverte par la tardiveté d'un déclinatoire, alors que là où leur pouvoir de juridiction est inexistant, ils ne sont plus que de simples particuliers, sans aucune vocation à rendre la justice.

Sans doute, l'appel et éventuellement l'opposition à l'ordonnance d'exequatur, lorsque l'incompétence résulte de la caducité ou du dépassement du compromis, restent ouverts. Mais ce contrôle *a posteriori*, qui repose précisément sur la base conventionnelle du pouvoir des arbitres, est incompatible avec le système des articles 168 et 169 du Code de procédure civile : à quoi servirait l'irrecevabilité du déclinatoire tardif d'incompétence, alors que celle-ci peut être remise en question par une autre voie ?

Là où le particularisme de l'arbitrage impose un régime de contrôle autonome, il n'est ni possible, ni logique de vouloir greffer une procédure qui ne pourrait être qu'abâtardie par les transformations qu'elle devra subir pour s'adapter.

SECTION II

CONTESTATION DE LA COMPETENCE DES JURIDICTIONS OFFICIELLES

261. — Lorsqu'il s'agit de savoir si la procédure de l'article 169 du Code de procédure civile peut être employée pour soulever l'incompétence des juridictions officielles, les avis sont partagés, aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence. Nous croyons que la solution à adopter dépend dans une grande mesure de la nature du contredit. Aussi étudierons-nous :

(10) Paris, 19 mai 1961, préc.

§ 1. — Les divergences jurisprudentielles.

§ 2. — Le problème de l'adaptation du contredit.

§ 1. — *Les divergences jurisprudentielles.*

262. — La Cour d'Amiens, le 20 octobre 1959 (11) accueille, sans éprouver le besoin de justifier sa position, le contredit élevé contre une décision du Tribunal de commerce de Vervins, qui s'était déclaré compétent malgré l'existence d'une clause compromissoire. Le 20 octobre 1961 (12) la Cour de Paris, en adoptant la même solution, s'explique en disant que l'article 169 du Code de procédure civile « fait une obligation à celui qui décline la compétence du juge devant lequel il est attiré de faire connaître, à peine d'irrecevabilité, devant quelle juridiction il demande que l'affaire soit portée ». Le 28 février 1962 (13), elle admet encore la recevabilité du contredit contre une décision d'incompétence du Tribunal de commerce de la Seine, tout en le déclarant d'ailleurs mal fondé. Le 9 mars 1962, la Cour de Douai (14) va même jusqu'à prononcer une amende contre le demandeur dont elle rejette le contredit ; le 21 mars 1962 (15), la Cour de Paris fait de même ; les 12 mars et 30 avril 1964 (16), elle affirme sans autre précision l'application de la procédure du contredit.

263. — En revanche, dans trois autres arrêts, fortement motivés ceux-là, elle adopte une position inverse. Le 10 février 1960 (17) elle affirme que les dispositions de l'article 169 du Code de procédure civile « ne sauraient trouver application que dans les conflits de juridictions appartenant à l'organisation judiciaire », et elle relève que l'attribution impérative de compétence, prévue par l'alinéa 6 dudit article, quel que soit le ressort de Cour d'appel dont dépend la juridiction désignée, se heurte au fait que les tribunaux arbitraux ne dépendent du ressort d'aucune Cour d'appel. L'arrêt du 3 juillet 1961 (18) reprend le même raisonnement, et ajoute, ramenant le pouvoir des arbitres à un simple pouvoir de nature conventionnelle, que « l'application éventuelle d'une clause compromissoire pose avant tout un problème d'interprétation d'une stipulation contractuelle ; que dès lors la décision du tribunal de commerce qui se prononce sur l'application d'une telle clause et qui

(11) Amiens, 20 oct. 1959, G. P. 1959, 2, 256.

(12) Paris, 20 oct. 1961, J. C. P., II, 12 371, note R. B.

(13) Paris, 28 fév. 1962, J. C. P. 1962, II, 12 944, note P. L.

(14) Douai, 9 mars 1962, *Rev. arb.*, 1962, p. 51 ; *Rev. tr. dr. civ.* 1962, p. 696, obs.

Hébraud.

(15) Paris, 21 mars 1962, J. C. P. 1963, II, 13 173, note Level.

(16) Paris, 12 mars 1964, J.C.P. 1964, II, 13 741 ; 30 avril 1964, J.C.P. 1964, II, 13 794, note P. L.

(17) Paris, 10 fév. 1960, G. P. 1960, I, 310 ; *Rev. arb.*, 1960, p. 99 ; *Rev. tr. dr. civ.*, 1960, p. 534, obs. Hébraud.

(18) Paris, 3 juil. 1961, D. 1961, p. 693 ; S. 1962, p. 15 ; *Rec. gén. Lois et jurispr.*, 1962, p. 378, obs. Boyer.

statue ensuite sur sa propre compétence ne peut être attaquée que par la voie de l'appel ».

L'arrêt du 12 juin 1962 (19) réserve l'application de l'article 169 aux conflits de compétence entre juridictions de l'ordre judiciaire, car il ne vise que le cas où la juridiction saisie est incompétente à raison du lieu ou de la matière ; de plus, l'attribution impérative de compétence serait paralysée par « l'incompétence de la saisine éventuelle d'un organisme dont le siège et la composition sont encore inconnus au moment où elle statue, et dont la constitution ne dépendra que du bon vouloir des parties ».

264. — Devant ces deux courants entre lesquels la jurisprudence se partage, et qui existent à l'intérieur même de la Cour de Paris, on a suggéré que l'opposition n'était peut-être pas radicale, et remarqué que le contredit était jugé recevable lorsque le Tribunal se déclarait incompétent, et irrecevable lorsqu'il affirmait sa compétence (20).

L'auteur de cette observation avoue lui-même que la distinction lui paraît difficilement explicable ; M. le Professeur Hébraud (21) la juge également précaire dans sa réalité et déficiente dans sa justification ; les arrêts du 21 mars 1962 et du 30 avril 1964 seraient en tout cas des exceptions. A la vérité, aucun arrêt, sauf peut-être celui du 3 juillet 1961 (22) ne fait allusion à une telle différenciation, et celle-ci nous paraît d'autant plus artificielle que le motif donné de l'exclusion du contredit a une portée générale, quelle que soit la décision du tribunal.

On le retrouve aussi bien dans les arrêts rendus les 10 février 1960, 3 juillet 1961 et 28 février 1962 par la Cour de Paris, que dans celui de la même juridiction du 19 mai 1961, qui décide de l'inapplicabilité de l'article 169 du Code de procédure civile devant les arbitres. La compétence de ceux-ci n'étant en réalité qu'un pouvoir d'origine conventionnelle, il n'y aurait de véritable conflit de compétence qu'entre juridictions de l'ordre judiciaire.

Et, dans cette optique, on remarque que l'article 169 n'a pas prévu l'hypothèse où la compétence d'une juridiction de l'ordre judiciaire est contestée au profit d'une juridiction arbitrale (23), ce qu'il aurait fait expressément si le législateur avait entendu viser le cas où le pouvoir de l'arbitre est en cause.

265. — En réalité, l'argument est inopérant à partir du moment où, comme nous le croyons, les arbitres sont détenteurs d'une véritable compétence. On peut alors dire que c'est au contraire ajouter au texte que de limiter son application aux juridictions de l'ordre judiciaire (24).

(19) Paris, 12 juin 1962, D. 1963, p. 24, note Giverdon.

(20) Note P. L., sous Paris 28 fév. 1962, J. C. P. 1962, II, 12 944.

(21) Hébraud, obs. Rev. tr. dr. civ., 1963, p. 149.

(22) En ce sens, Hébraud, *ibidem*.

(23) Paris, 12 juin 1962, préc.

(24) En ce sens, Boulbès, note préc. sous Paris 20 oct. 1961.

Les décisions qui repoussent la possibilité du contredit nous paraissent reposer sur un motif erroné. Il n'y a aucune raison de principe valable pour justifier une telle exclusion.

Encore faut-il voir, compte tenu de l'originalité de la procédure arbitrale, si celle-ci est compatible avec le nouveau mode de règlement des conflits de compétence.

§ 2. — *Le problème de l'adaptation du contredit.*

266. — Deux difficultés sont surtout mises en avant pour exclure l'application de l'article 169 du Code de procédure civile :

Tout d'abord, la Cour doit désigner la juridiction compétente, « quel que soit le ressort de la Cour d'appel dont celle-ci dépend ». Or, la juridiction arbitrale ne dépend d'aucune Cour d'appel (25).

Cet argument n'est pas dirimant. On a écrit que, s'agissant d'une juridiction arbitrale française, « on peut bien soutenir qu'elle dépend du ressort d'une Cour d'appel puisque même la renonciation à l'appel, conforme à l'article 1010 du Code de procédure civile n'est pas valable en cas d'atteinte à l'ordre public ou aux droits de la défense » (26).

Il est vrai que la sentence est rattachée territorialement à une Cour d'appel, tant par les formalités du dépôt au greffe et de l'exequatur que par les incidents d'exécution et l'exercice des voies de recours. Peu importe d'ailleurs que cette Cour d'appel ne puisse souvent être déterminée qu'une fois la sentence rendue, puisque la désignation d'office doit intervenir quelle qu'elle soit.

267. — Plus important est l'obstacle constitué par l'attribution impérative de compétence. La Cour de Paris, le 20 octobre 1961, a bien renvoyé « devant le tribunal arbitral qui sera complété en conformité de la clause compromissoire liant les parties », mais elle remarque, dans un autre arrêt, que la désignation impérative est paralysée par le fait qu'il s'agit d'une juridiction dont la compétence est « éventuelle » (27) et qui ne sera peut-être jamais instituée, car « sa composition dépend du bon vouloir des parties » (28).

Le problème semble donc être de savoir si le contredit supporte d'être scindé en ses effets, affirmation de la compétence ou de l'incompétence de la juridiction saisie ordinairement, et renvoi devant la juridiction effectivement compétente.

268. — On a dit que ce deuxième effet n'était « qu'une conséquence accessoire, non substantielle au contredit » (29). Une telle proposition

(25) Paris, 3 juil. 1961, préc.

(26) Note anonyme sous Paris 10 fév. 1960, *Rev. arb.* 1960, p. 102 ; voir l'arrêt rendu par la Cour de Paris le 23 juin 1964 (J. C. P. 1964, II, 13 957, note P. L.) qui reprend cet argument.

(27) Paris, 3 juil. préc.

(28) Paris, 12 juin 1962, préc.

(29) Boulbès, note préc. sous Paris, 20 oct. 1961, J. C. P. 1961, II, 12 372.

paraît excessive et contraire à l'esprit de la réponse qui a institué une procédure autoritaire à caractère plus « administratif que judiciaire » (30) ; et l'on a pu qualifier au contraire l'attribution impérative de compétence de « raison d'être » du contredit (31). Sans doute, le décret du 2 août 1960 a-t-il légèrement atténué ce caractère, en supprimant la transmission d'office et en rendant une certaine initiative aux parties, mais il paraît encore dominant, ce qui conduit certains auteurs à approuver l'exclusion du contredit lorsqu'il est impossible de satisfaire à l'exigence de la saisine impérative (32).

D'autres auteurs (33) font remarquer que, statuant sur un conflit touchant à un problème de compétence internationale, la Cour a accueilli le contredit, malgré l'impossibilité de renvoyer d'autorité l'affaire à la juridiction étrangère (34).

Sans doute, il est vrai que l'on assiste, dans les deux domaines, à ce que M. le Professeur Hébraud appelle « une sorte d'abâtardissement du contredit, qui perd la rigueur logiquement liée à son but original » (35).

269. — Cependant, il faut souligner, que dans son second effet même, le contredit comporte deux points : la désignation de la juridiction compétente et l'attribution impérative de l'affaire à cette juridiction. Or, le fait que la juridiction arbitrale n'ait qu'une existence éventuelle n'empêche pas sa désignation ; quant à l'attribution impérative, elle existe, en quelque sorte, sous son aspect négatif. En matière de compétence internationale, les parties ne sont en aucune façon obligées de saisir la juridiction étrangère désignée par l'arrêt statuant sur le contredit, à moins que le droit international privé du pays intéressé ne concorde sur ce point avec le nôtre. Les signataires d'une clause compromissoire, au contraire, peuvent sans doute ne pas saisir la juridiction arbitrale ou se refuser à la constituer, mais elles ne pourront s'adresser à aucune autre juridiction — si ce n'est d'un commun accord — car l'existence du compromis ou de la clause (36) compromissoire entraîne l'incompétence des tribunaux officiels.

270. — La situation n'est pas tellement différente du droit commun, surtout depuis la suppression de la transmission d'office, qui remet une

(30) Cuche et Vincent, Précis, n°s 272 et ss.

(31) Hébraud, *Rev. tr. dr. civ.*, 1962, p. 180.

(32) Giverdon, Commentaire du décret du 2 août 1960, D. 1961, L. p. 118, préc., n° 58 ; note sous Paris 12 juin 1962, D. 1963, p. 24 ; Boyer, obs. *Rec. gén. Lois et Jurisp.* 1962, p. 378 ; Cuche et Vincent, n° 281 *ter*.

(33) Boulbès, note préc. sous Paris 20 oct. 1961, J.C.P. 1961, II, 13 372 ; note anonyme sous Paris 10 fév. 1960, *Rev. arb.*, 1960, p. 99 ; Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1962, p. 189.

(34) Paris, 23 oct. 1959, J. C. P. 1959, II, 11 310 *bis*, note R. L. ; 10 nov. 1959, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1960, p. 218, note Franceskakis ; Clunet 1960, p. 792, note Ponsard ; 23 déc. 1960, G. P. 1961, I, 396 ; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1962, p. 339, note Bellet ; Tr. gr. inst. Seine 31 janv. 1961, Clunet 1961, p. 1 080, note Sialelli ; contra Paris, 14 fév. 1961, Clunet 1961, p. 1 080, note Sialelli.

(35) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1962, p. 180.

(36) Voir *supra*, n° 250.

partie de la conduite de la procédure entre les mains des plaideurs. De plus, il est inexact d'affirmer que la constitution du tribunal arbitral dépend entièrement du bon vouloir des parties. Nous verrons qu'en cas d'obstruction par l'une d'elles, la jurisprudence assure à sa place la mise en œuvre de l'institution (37). Dans ce cas, la compétence de la juridiction arbitrale n'est rien moins qu'« éventuelle », pour reprendre le terme de la Cour de Paris (38).

Seule fait donc obstacle à la désignation impérative, la renonciation commune des parties à la procédure arbitrale. Encore faut-il remarquer que dans ce cas, le conflit de compétence disparaît.

Lorsque la compétence du tribunal arbitral est revendiquée devant un tribunal de l'ordre judiciaire, nous croyons que l'article 169 du Code de procédure civile doit recevoir application, parce qu'il s'agit d'un véritable conflit de compétence, et que les règles de la procédure arbitrale n'aboutissent pas à une réelle inefficacité de l'attribution autoritaire du litige aux arbitres.

(37) Voir *infra*, n^{os} 391 et ss.

(38) Paris, 3 juil. 1961, préc.

CHAPITRE II

L'INCOMPETENCE DES JURIDICTIONS OFFICIELLES EN PRESENCE D'UNE CONVENTION ARBITRALE

271. — Le principe de l'incompétence des juridictions officielles en présence d'une convention arbitrale, admis depuis longtemps, est absolument incontesté aujourd'hui (1). Il semble bien qu'en l'affirmant, les tribunaux aient reconnu par là même la nature juridictionnelle du pouvoir des arbitres. Aussi, le problème qui se pose ici n'est pas tant celui de l'existence d'une véritable compétence au profit de ces juges privés, que celui de l'influence de la source contractuelle de notre institution. L'incompétence des juridictions officielles s'en ressentira autant dans sa nature que dans son étendue. Dans sa nature, car il est certain que l'accord de volonté qui lui a donné naissance doit pouvoir y mettre fin ; dans son étendue, parce qu'elle est occasionnelle et limitée comme la compétence des arbitres dont elle est le reflet, et qu'elle renaît là où s'arrête l'empire de la convention arbitrale.

Ceci nous conduit à observer, pour ce chapitre le plan suivant :

Section I. — La nature de l'incompétence des Tribunaux judiciaires.

Section II. — La renaissance de la compétence des Tribunaux judiciaires.

SECTION I

LA NATURE DE L'INCOMPETENCE DES TRIBUNAUX JUDICIAIRES

272. — La question de la nature de cette incompétence a divisé longtemps la jurisprudence. Avant la réforme du 22 décembre 1958, l'enjeu était de savoir si on pouvait la faire valoir en tout état de cause, comme

(1) Voir *supra*, n° 250, note 22.

incompétence absolue, ou s'il s'agissait d'une compétence relative, à invoquer in limine litis, avant toutes conclusions au fond (2).

A l'heure actuelle, l'article 168 du Code de procédure civile fait une obligation de soulever l'exception d'incompétence, quelle qu'elle soit, in limine litis, et cela, même lorsque les règles de compétence sont d'ordre public. Tous les auteurs, y compris ceux qui sont hostiles à l'application du contredit lorsqu'il s'agit de revendiquer la compétence de la juridiction arbitrale (3), sont d'accord pour admettre que le nouveau régime s'applique en ce qui concerne l'élévation de l'incompétence du tribunal officiel. Un arrêt de la Cour de Paris, du 10 février 1960 (4), a effectivement déclaré irrecevable l'exception d'incompétence proposée après des conclusions au fond.

On en déduit, en général, que la controverse sur la nature de l'incompétence a perdu à peu près tout intérêt pratique (5).

273. — Cependant, dans les cas prévus par l'article 171 du Code de procédure civile, le Tribunal peut soulever d'office son incompétence en tout état de cause, notamment lorsque la règle de compétence est d'ordre public (6).

On a jugé cette éventualité sans importance pour l'arbitrage « puisque les matières où les règles de compétence ont un caractère d'ordre public, sont des matières communicables, à l'occasion desquelles il n'est pas permis de compromettre, et où par conséquent ne pourrait se poser un litige de compétence entre les arbitres et les juridictions de droit commun » (7).

C'est là une simplification excessive du problème. Un des apports de la jurisprudence récente a été précisément d'éviter l'application systématique de l'interdiction de compromettre dès que l'affaire relève de la compétence exclusive d'une juridiction, et de considérer uniquement l'incidence de l'ordre public sur l'objet du litige (8).

274. — On peut dire que la question de la nature de l'incompétence des tribunaux judiciaires garde, outre son intérêt théorique, un intérêt pratique certain, d'abord dans la mesure où on lui attribue un caractère d'ordre public, comme le font nombre d'arrêts en la baptisant incompétence *ratione materiae* (9) ; ensuite, dans la mesure où la renonciation tacite et le fait de ne pas soulever l'incompétence in limine litis ne peuvent s'identifier. On notait déjà, avant la réforme de 1958, qu'il s'agissait de

(2) Sur l'ancien régime des exceptions d'incompétence, voir Cuche et Vincent, n° 271 bis, et réf.

(3) Voir par ex. : Giverdon, note sous Paris, 12 juin 1962, D. 1963, p. 24.

(4) Paris, 10 fév. 1960, G. P. 1960, I, p. 310 ; *Rev. arb.*, 1960, p. 99 ; *Rev. tr. dr. civ.*, 1960, p. 534, obs. Hébraud.

(5) Robert, *Traité*, n° 123 ; Boitard, obs. *Rev. tr. dr. com.*, 1960, p. 76 ; Cuche et Vincent, n° 616, note 1.

(6) Article 171, alinéa 2.

(7) Robert, *ibidem*.

(8) Voir *supra*, n°s 48 et ss. ; 74 et ss. ; 77.

(9) En ce sens, Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1960, p. 534.

deux notions différentes (10). Le fait est encore plus certain aujourd'hui, où l'obligation de soulever cette incompétence entraîne une forclusion, sans rapport avec la nature de la règle en jeu. La renonciation, en admettant qu'elle soit possible, ne se déduira pas des mêmes circonstances.

Il est assez surprenant de constater que le problème dont nous nous occupons a suscité des revirements spectaculaires dans la jurisprudence, qui se trouve encore profondément divisée à l'heure actuelle, tandis que, pour la doctrine, une seule attitude est concevable. Ces difficultés apparaîtront dans deux paragraphes où nous examinerons :

§ 1. — Les divisions de la jurisprudence,

§ 2. — La position de la doctrine.

§ 1. — *Les divisions de la jurisprudence.*

275. — La Cour de Paris et la Cour de cassation qui défendaient respectivement chacune des deux thèses en présence ont, presque en même temps, renversé leurs positions, et se sont retrouvées à nouveau en désaccord.

La Cour de Paris prit fermement parti pour l'incompétence absolue, dans ses arrêts des 13 décembre 1950, 27 juillet 1953, 7 janvier 1954 et 19 janvier 1954 (11), et fut suivie par quelques juridictions inférieures (12). Cependant, elle changea d'avis et dès le 15 décembre 1954 (13), conclut énergiquement à l'incompétence relative, point de vue que l'on retrouve dans ses décisions des 14 mai 1957, 12 décembre 1957 et 14 mai 1959 (14). C'est également l'avis dominant, semble-t-il, en jurisprudence (15).

276. — Les arrêts rendus par la Cour de cassation le 29 octobre 1934 et le 27 février 1939 (16) semblent aller dans le sens de l'incompétence relative sans être toutefois décisifs. Mais la Chambre civile, le 22 janvier 1946 (17), relève que l'exception d'incompétence est soulevée in limine

(10) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1958, p. 661.

(11) Paris, 13 déc. 1950, G. P. 1951, 1, p. 269 ; 27 juil. 1953 ; La Loi, 7 nov. 1953 ; 7 janv. 1954, G. P. 1954, 1, p. 224 ; 19 janv. 1954, G. P. 1954, 1, p. 332.

(12) Tr. com. Seine, 13 sept. 1945, G. P. 1946, 1, p. 90 ; 22 mai 1951, G. P. 1951, 2, p. 184 ; Lyon, 20 déc. 1954, D. 1955, p. 142.

(13) Paris, 15 déc. 1954, J. C. P. 1955, II, 8 675, note Hébraud ; D. 1955, p. 208, note Robert ; *Rev. tr. dr. com.*, 1955, p. 564, obs. Boitard.

(14) Paris, 14 mai 1957, G. P. 1957, 2, p. 95 ; *Rev. arb.*, 1957, p. 64 ; *Rev. tr. dr. com.*, 1957, p. 944, obs. Boitard ; 12 déc. 1957, D. 1958, p. 230, note Bredin ; 14 mai 1959, D. 1959, p. 437, note Robert ; *Rev. arb.*, 1959, p. 119.

(15) Lyon, 11 fév. 1952, D. 1952, p. 222 ; *Rev. tr. dr. com.*, 1952, p. 327, obs. Boitard ; Amiens, 18 nov. 1952, G. P. Tables 1951-55, V. Arbitrage, n° 80 ; Rouen, 24 nov. 1955, *Rev. tr. dr. com.*, 1956, p. 664, obs. Boitard ; 14 déc. 1956, J. C. P. 1957, IV, p. 102 ; Tr. civ. Seine, 6 fév. 1950, J. C. P., C. I., 1950, II, 5 864 ; Tr. com. Seine, 3 juin 1949, G. P. 1949, 2, p. 356 ; 22 nov. 1950, G. P. 1951, 1, p. 223 ; *Rev. tr. dr. com.*, 1951, p. 64, obs. Boitard ; 7 janv. 1957, *Rev. tr. dr. com.*, 1957, p. 641, obs. Boitard ; Amiens, 20 oct. 1959, G. P. 1959, 2, p. 256.

(16) Civ. 29 oct. 1934, G. P. 1934, 2, p. 910 ; D. H. 1934, p. 602 ; Req. 27 fév. 1939, J. C. P. 1939, II, 1 121 ; G. P. 1939, 1, p. 678.

(17) Civ. 22 janv. 1946, D. P. 1946, p. 139 ; G. P. 1946, 1, p. 134.

litis, et la Chambre sociale, à deux reprises, le 20 mars 1945 et le 23 octobre 1947 (18), se prononce expressément pour l'incompétence relative.

Cependant, le 23 janvier 1951 (19), la Chambre commerciale approuve la décision qui lui est déférée, « la Cour d'appel étant tenue, même d'office, de se déclarer incompétente alors que, par le jeu de la procédure arbitrale, la matière du litige échappait à sa juridiction ».

277. — Pour un commentateur (20), l'arrêt n'est pas sans équivoque, car la sentence avait déjà été rendue et par conséquent, la décision ne concernait pas les effets de la clause compromissoire elle-même. Pour d'autres auteurs (21), il s'agit au contraire d'une prise de position incontestable en faveur de l'incompétence absolue. Il faut remarquer que la généralité de l'attendu rapporté est un argument en ce sens.

Quoi qu'il en soit, l'arrêt rendu par la Chambre civile du 20 juin 1957 (22) est formel. Il approuve la décision attaquée d'avoir considéré que l'exception d'incompétence pouvait être invoquée en tout état de cause.

On a alors dénoncé (23) le « désaccord ouvert » existant entre ces deux juridictions.

Cependant, le 5 janvier 1959 (24), la Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Rouen du 14 décembre 1956, pour lequel l'incompétence résultant de l'existence d'une clause compromissoire n'était pas d'ordre public, ce qui permettait aux parties de renoncer, d'un commun accord, à s'en prévaloir.

278. — Reste à savoir si la Cour de cassation, par cette décision, n'amorce pas un nouveau revirement et ne va pas plus loin qu'un abandon de la qualification d'ordre public, lorsqu'elle affirme : « l'arrêt déferé déclare à juste titre que si les règles régissant la compétence d'attribution des tribunaux ont en principe un caractère absolu, il n'en demeure pas moins que les parties peuvent toujours, revenant sur la convention précédemment passée, décider d'un commun accord que le litige qui a surgi entre elles sera soumis non pas à des arbitres, comme elles l'avaient auparavant prévu, mais aux tribunaux normalement compétents pour en connaître ».

On peut se demander la portée exacte de ce « en principe », que la juridiction suprême fait sien, et surtout celle de l'exception qu'il introduit. Est-ce simplement la renonciation d'un commun accord — laquelle

(18) Soc. 20 mars 1945, G. P. 1945, 2, p. 8 ; 23 oct. 1947, *Bull. civ.*, n° 39, p. 41.

(19) Com. 23 janv. 1951, J. C. P. 1951, IV, 45 ; *Bull. civ.*, n° 39, p. 26.

(20) Hébraud, note sous Paris 15 déc. 1954, J.C.P. 1955, 8 675 ; obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1955, p. 360.

(21) Motulsky, « Menace sur l'arbitrage : La prétendue incompétence des arbitres en cas de contestation sur l'existence ou la validité d'une clause compromissoire », J. C. P. 1954, I, 1 194 ; note sous Civ. 20 juin 1957, J. C. P. 1958, II, 10 773 ; Robert, note sous Paris 15 déc. 1954, D. 1955, p. 208 ; *Traité*, n° 123.

(22) Civ. 20 juin 1957, J. C. P. 1958, II, 10 773, note Motulsky ; *Rev. arb.*, 1957, p. 89.

(23) Motulsky, note préc. sous l'arrêt.

(24) Com. 5 janv. 1959, *Bull. civ.*, 1959, n° 1, p. 1.

n'est pas toujours considérée comme incompatible avec l'incompétence absolue (25) — et ne fait donc pas figure de dérogation ? N'est-ce pas plutôt l'existence d'une clause compromissoire qui donne à l'incompétence du tribunal ce caractère relatif qu'elle n'a pas « en principe » ? Nous pencherions plutôt pour cette seconde interprétation. S'il est souhaitable que les divergences jurisprudentielles cessent, il ne fait de doute pour personne que c'est la thèse de l'incompétence absolue qui doit être abandonnée.

§ 2. — *La position de la doctrine.*

279. — Tous les auteurs sont convaincus que seule la thèse de l'incompétence relative est conforme aux principes (26).

En effet, la thèse adverse n'est étayée par aucune base solide :

Les tribunaux judiciaires, en présence d'une clause compromissoire, seraient incompétents *ratione materiae*, suivant la qualification que l'on relève dans presque tous les arrêts de la Cour de Paris proclamant l'incompétence absolue. Cet argument est sujet aux plus vives critiques. D'abord, dit-on, il n'est pas évident qu'il s'agisse d'une incompétence à raison de la matière ; on part de la loi du 31 décembre 1925, qui a validé la clause compromissoire, et s'insère dans l'article 631 du Code de commerce réglant la compétence *ratione materiae* des Tribunaux de commerce. Puisque ceux-ci sont normalement compétents, en vertu de cet article, à raison de la matière, leur incompétence ne pourrait être que de même nature. Tel est le raisonnement présenté, notamment par M. Robert (27). Celui-ci reconnaît pourtant (28) que la détermination des matières dans lesquelles la clause est licite règle la validité de cette clause, mais non la compétence.

Un auteur (29) remarque plus pertinemment encore que la nature des contestations visées par l'article 631 précité est strictement commerciale. En l'absence d'une clause compromissoire, le Tribunal de commerce serait nécessairement saisi ; il est donc difficile de soutenir qu'il est incompétent « à raison de la matière ».

(25) Voir *infra*, n° 283.

(26) Glasson, Tissier, Morel, T. V, n° 1 816 ; Morel, n° 721 ; Laborde-Lacoste, n° 1250 ; Cornu et Foyer, p. 66 ; Cuche et Vincent, n° 616 ; Ripert, *Traité élémentaire de droit commercial*, 3^e éd., n° 339 ; Hamel et Lagarde, *Traité de droit commercial*, T. I, n° 72 ; Escarra et Roult, *Les Sociétés commerciales*, T. I, n° 81 ; Hamonic « A propos de la clause compromissoire », G. P. 1951, 1, D., p. 54 ; Pochon, note D. 1958, p. 167 ; Peytel, G. P. 1954, 2, D., p. 7 ; Hébraud, « Le recours à l'arbitrage, *Informateur du chef d'entreprise* 1952, p. 361 ; note préc. sous Paris, 15 déc. 1954 ; obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1954, p. 352 ; 1955, p. 360 ; 1958, p. 661 ; Motulsky, note préc. sous Cass. 20 juin 1957 ; M. Robert, acquis d'abord à l'incompétence absolue, (*Traité*, 2^e éd., n° 125 ; note sous Douai, 12 juil. 1951, S. 1952, 2, p. 133) se range en définitive à l'opinion dominante : note sous Paris 14 mai 1959, D. 1959, p. 457 et *Traité*, 3^e éd., n° 123.

(27) Robert, note préc. sous Douai, 12 juil. 1951 ; note préc. sous Paris, 14 mai 1959.

(28) Robert, note préc. sous Paris, 14 mai 1959 ; *Traité*, n° 123.

(29) Hamonic, art. préc.

280. — En réalité, apparaît très vite l'insuffisance de l'argument basé sur la loi de 1925, qui ne reflète qu'un aspect de la question ; le compromis, comme la clause compromissoire, provoque l'incompétence des tribunaux officiels, et le raisonnement ci-dessus est alors proprement inopérant. De plus, parler d'incompétence *ratione materiae* semble équivoque et source de confusion, ici en particulier. Si on l'oppose à son pendant, l'incompétence *ratione personae vel loci*, on s'aperçoit que la convention arbitrale ne crée ni l'une, ni l'autre. Aussi vaut-il mieux parler, ici encore, de compétence d'attribution.

281. — La seconde objection adressée à la thèse de l'incompétence absolue est qu'elle repose sur un postulat : la compétence d'attribution serait absolue, la compétence territoriale relative. Or, s'il est vrai que cette dernière est souvent sanctionnée moins sévèrement, on a depuis longtemps démontré que le parallélisme n'est qu'apparent entre la qualification donnée à la compétence et le caractère qui lui est attribué (30).

En ce qui concerne la nature de l'incompétence des tribunaux en présence d'une clause compromissoire, on n'a pas manqué (31) de dénoncer la confusion qui est à la base de la thèse que nous critiquons.

282. — Les conséquences de son adoption ne sont d'ailleurs pas très satisfaisantes.

En apparence, elle assure une plus grande efficacité à la convention arbitrale ; en fait, les auteurs sont unanimes à reconnaître qu'elle est « amie des longueurs » (32), et ouvre la porte à toutes sortes de manœuvres dilatoires, en permettant notamment de soulever tardivement l'incompétence du tribunal, et donc « de réduire à néant une procédure peut-être fort avancée » (33).

Ceci reste vrai, même depuis la réforme, si l'on reconnaît à cette incompétence absolue un caractère d'ordre public qui permet au tribunal de la soulever d'office, alors que la tardiveté du déclinatoire l'eût couverte.

Mais les difficultés vont naître surtout du problème posé par la renonciation volontaire des parties.

283. — Si l'incompétence créée par l'existence d'une clause compromissoire est d'ordre public, il semble que la renonciation ne soit pas possible (34). On voit mal en effet comment les parties pourraient conventionnellement porter atteinte à une règle d'ordre public. C'est d'ailleurs

(30) Solus, « Compétence d'attribution et compétence territoriale », J. C. P. 1947, I, p. 663 ; « Considérations sur la compétence des juridictions », D. 1949, chr., p. 153 ; note sous Soc. 4 mars 1954, J. C. P. 1954, II, 8 332 ; Cuche et Vincent, n^{os} 197-262.

(31) Voir notamment Hébraud, art. préc., p. 361 ; note préc. sous Paris, 15 déc. 1954 ; obs. *Rev. tr. dr. civ.* 1954, p. 352 ; 1958, p. 662 ; Motulsky, note préc. sous Cass. 20 juin 1957.

(32) Cornu et Foyer, p. 66.

(33) Hébraud, art. préc., p. 361.

(34) En ce sens, Robert, note préc. sous Paris 14 mai 1959.

en affirmant la possibilité de renonciation que la Cour de cassation a précisément abandonné la qualification d'ordre public qu'elle attribuait à l'incompétence du tribunal (35).

Peut-on admettre alors la renonciation à une incompétence absolue ? Bien que la Cour de Paris, dès le 13 décembre 1950 (36), se soit prononcée pour l'affirmative, cela nous semble douteux. Si l'on considère le régime antérieur à la réforme de 1958, il apparaît nettement que la distinction entre incompétence absolue et incompétence relative repose essentiellement sur la possibilité de conventions relatives à la compétence du tribunal : la prorogation de juridiction par exemple, n'est possible que lorsque l'incompétence est relative (37).

La réforme, en accentuant le caractère de forclusion attaché à la tardiveté du déclinatoire, tout en enlevant, sur le plan de la procédure, un gros intérêt pratique à la distinction, ne modifie pas le problème au fond.

Et nous croyons qu'à partir du moment où la Cour de Paris a admis la possibilité de renonciation, elle ne pouvait qu'évoluer dans le sens de l'incompétence relative.

284. — Il est d'ailleurs curieux de constater les errements dans lesquels elle a été entraînée en refusant de voir une renonciation tacite dans le fait de ne pas soulever l'exception *in limine litis* — trait distinctif de l'incompétence relative sous l'ancien régime, c'est-à-dire avant 1958.

Après avoir, le 13 décembre 1950, reconnu la possibilité d'une renonciation, à condition qu'elle soit expresse et non équivoque, le 19 janvier 1954, tout en affirmant l'incompétence *ratione materiae*, elle découvre une renonciation tacite dans l'inertie du défendeur qui refuse de désigner son arbitre ; elle fait de même le 15 décembre 1954, date à laquelle elle abandonne cette qualification. Il y a là, comme on l'a remarqué (38), un excès et un illogisme : d'après la jurisprudence de la Cour de cassation, l'obstruction du défendeur ne permet pas de revenir devant les tribunaux ordinaires (39). De plus, si l'on admet qu'il s'agit d'une renonciation tacite, on peut difficilement interpréter autrement des conclusions au fond, considérées à juste titre comme un « acte beaucoup plus caractéristique, puisqu'il lie l'instance devant le tribunal et accepte sa juridiction » (40).

Aussi croyons-nous qu'à partir de l'arrêt du 19 janvier 1954, dont on a souligné qu'il marquait une évolution (41), la Cour de Paris, en admettant la possibilité d'une renonciation tacite, ne pouvait faire autrement que de se rallier à la thèse de l'incompétence relative. La Cour de cassation, par son arrêt du 5 janvier 1959, nous paraît, pour la même raison, s'engager dans cette voie.

(35) Com. 5 janv. 1959, préc..

(36) Paris, 13 déc. 1950, préc..

(37) Cuhe et Vincent, n^{os} 250 et ss.

(38) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1954, p. 353 ; 1955, p. 360.

(39) Voir *supra*, n^o 250.

(40) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1954, p. 353.

(41) Robert, note préc. sous Paris 14 mai 1959 ; Motulsky, note préc. sous Cass.

285. — L'origine conventionnelle de la juridiction arbitrale implique, en effet, que celle-ci est dominée par la volonté des parties, qui peut défaire ce qu'elle a fait. Pourvu que l'accord de volonté se manifeste clairement, peu importe la forme qu'il revêt. Seule l'incompétence relative rend compte de cette origine conventionnelle ; c'est pourquoi elle rallie tous les suffrages de la doctrine, qui reproche à la thèse inverse d'accentuer le caractère juridictionnel de l'arbitrage au point de l'incorporer dans l'ordre des juridictions, sans se soucier de « cet élément moteur qu'est l'intervention de la volonté privée » (42).

Les arrêts partisans de l'incompétence relative insistent au contraire sur le fait que la convention arbitrale est « soumise aux conditions habituelles de validité des conventions, notamment au consentement des parties » et que « ce consentement d'où naît la convention peut aussi en faire cesser les effets, lorsque les parties sont d'accord, même tacitement, pour y renoncer » (43).

Certaines décisions vont même jusqu'à voir dans la clause compromissoire une clause de prorogation volontaire de juridiction (44), ce qui est manifestement inexact (45), la prorogation de juridiction réalisant une extension de la compétence d'un tribunal, et ne pouvant par conséquent s'opérer qu'au profit d'une juridiction existante.

Si l'assimilation est trop poussée, il semble cependant que les arrêts aient voulu simplement marquer l'idée que nous évoquions tout à l'heure : du moment qu'une convention est possible sur la compétence, il ne peut s'agir que d'une incompétence relative.

SECTION II

LA RENAISSANCE DE LA COMPETENCE DES TRIBUNAUX JUDICIAIRES

286. — L'incompétence créée par la convention arbitrale est, bien entendu, limitée par celle-ci ; aussi l'analyse de la volonté des parties joue-t-elle en la matière un rôle prépondérant.

Il est une hypothèse où la compétence des tribunaux officiels demeure parce qu'elle n'empiète pas sur celle des arbitres habilités à connaître le fond du litige : il s'agit du référé judiciaire.

(42) Motulsky, note préc. sous Cass. 20 juin 1957 ; dans le même sens Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1958, p. 661.

(43) Paris, 14 mai 1957, préc. ; dans le même sens, Tr. civ. Seine 22 janv. 1950 ; Paris, 14 mai 1959, préc.

(44) Paris, 27 juin 1957, J. C. P. 1958, IV, p. 96 ; Paris, 14 mai 1959, préc. ; Amiens, 20 oct. 1959, préc.

(45) Voir *supra*, n° 127.

De plus, le contrat originaire, qui confère à de simples particuliers un pouvoir de juridiction, ne peut le faire que d'une façon limitée, à la fois quant à l'objet et quant à la durée ; au-delà, on retrouve la compétence générale et permanente des tribunaux officiels.

Il nous faut donc examiner :

§ 1. — Le référé.

§ 2. — L'étendue de la convention arbitrale.

§ 3. — L'extinction de la convention arbitrale.

§ 1. — *Le référé.*

287. — Les parties liées par une clause compromissoire peuvent-elles s'adresser au juge des référés, plutôt qu'aux arbitres, lorsque des mesures provisoires et urgentes s'imposent ? D'anciens arrêts l'avaient admis sans difficulté (46). La Cour de cassation, saisie pour la première fois du problème le 3 juillet 1951 (47) se prononce pour l'affirmative, et sa jurisprudence ne s'est pas démentie (48).

L'utilité du référé est incontestable. S'adresser aux arbitres pour obtenir une mesure urgente est certainement, ainsi qu'on l'a fait remarquer, à propos de l'arrêt de la Chambre commerciale du 11 janvier 1960 (49), qui en est une illustration, la procédure la plus incommode et la plus lente qui soit (50). Si le tribunal arbitral n'est pas encore constitué, on risque de se heurter à la mauvaise volonté de l'une des parties, et il faudra s'adresser à justice pour pouvoir mettre en œuvre la procédure arbitrale, ce qui entraînera un retard considérable. Bien plus, s'il surgit une contestation relative à l'existence même de l'investiture des arbitres, d'après la jurisprudence de la Cour de cassation, qui leur dénie tout pouvoir de statuer sur leur compétence (51), ceux-ci devront refuser de se prononcer, même sur une mesure provisoire.

288. — Si l'emploi du référé judiciaire est souhaitable en pratique, il est de plus justifié, car il ne constitue pas une atteinte à l'effet de la convention arbitrale. Certains auteurs ont pensé que l'incompétence des

(46) Nancy, 6 juil. 1850, D. 1851, 2, p. 112 ; S. 1851, 2, p. 15 ; Douai, 20 janv. 1852, D. 1852, 2, p. 54 ; Glasson, Tissier, Morel, T. V, n° 1816 et réf. cit. ; Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1952, p. 100 et réf. cit..

(47) Civ. 3 juil. 1951. G. P. 1951, 2, p. 316 ; J. C. P. 1951, éd. Avoués, IV, 1 758, obs. Madray ; D. 1951, p. 701.

(48) Com. 25 mars 1952, *Bull. civ.*, 1952, p. 109, n° 144 ; Civ. 4 déc. 1953, G. P. 1954, 1, p. 61 ; S. 1954, 1, p. 133 ; J. C. P. 1954, éd. Av. IV, 2 250, obs. Madray ; D. 1954, p. 108 ; Com. 24 mars 1954, *Rev. arb.*, 1955, p. 95 ; Civ. 17 juil. 1957, *Bull. civ.* n° 546, p. 354 ; Com. 4 nov. 1959, G. P. 1960, 1, p. 191. Voir aussi Tr. gr. inst. Seine, 20 déc. 1962, D. 1963, p. 108 ; Tr. gr. inst. Bordeaux, 18 mars 1963, G. P. 1963, 2, p. 187.

(49) Com. 11 janv. 1960, J. C. P. 1960, II, 11 764, note Garaud.

(50) Garaud, *ibidem* ; Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1960, p. 347.

(51) Voir *infra*, n° 325 et ss..

tribunaux, créée par celle-ci, devait s'étendre au référé, à moins de réserve expresse des parties (52). En réalité, dès le 3 juillet 1951, la Cour de cassation insiste sur le fait que les droits des parties sont réservés, et que la décision a un caractère purement conservatoire. Plus nettement encore, elle délimite le domaine respectif de l'action du juge des référés et de celle des arbitres, en affirmant, dans ses arrêts des 25 mars 1952 et 4 novembre 1959 que « la procédure de référé, en raison de son caractère provisoire et de l'urgence à laquelle elle répond, n'était pas interdite en l'espèce par une clause compromissoire visant le fond du droit ».

289. — L'incompétence des tribunaux judiciaires se limite à la contestation soumise aux arbitres (53), et le référé est parfaitement conciliable avec la convention arbitrale, puisque sa caractéristique essentielle est, d'après l'article 809 du Code de procédure civile, de ne faire « aucun préjudice au principal », c'est-à-dire de ne jamais entamer le fond du droit (54). La Cour de cassation veille rigoureusement à ce que le juge des référés n'empiète pas sur la compétence des arbitres. Le 24 mars 1954, elle casse l'arrêt qui « n'a pas laissé intacts les droits des parties » et « a préjugé de la solution à donner au litige ».

290. — Si le référé est possible malgré l'existence d'une convention arbitrale, peut-on expressément l'exclure par une clause compromissoire qui envisagerait l'éventualité des mesures provisoires et urgentes ? A cette question, la Cour suprême répond, le 4 décembre 1953, que « les parties ne peuvent, par l'adoption d'une clause compromissoire, se priver du droit de saisir sur la matière qui fait l'objet du compromis, le juge des référés » et le 17 juillet 1957, elle affirme que la compétence de ce dernier est d'ordre public.

On s'est demandé si le caractère impératif de la compétence du juge des référés ainsi proclamé rendait les arbitres incompetents à l'effet de statuer sur les mesures provisoires (55). M. le Professeur Hébraud semble être dans le vrai, lorsqu'il écrit que seule la renonciation est prohibée, car on ne peut se priver d'avance des garanties offertes par la procédure de référé (56).

La Cour de cassation, le 11 janvier 1960 (57) n'a pas mis en doute la validité de la saisine des arbitres.

291. — Le 4 novembre 1959, elle a eu à résoudre un dernier problème : l'acceptation de la procédure du référé ne pouvait-elle être considérée comme impliquant une renonciation tacite à la convention arbitrale ? La réponse négative s'imposait, car non seulement le référé ne

(52) Morel, « La clause compromissoire en matière commerciale », *Rev. crit. lég. et jurispr.*, 1926, p. 486, n° 34.

(53) En ce sens, Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1952, p. 99.

(54) Cuhe et Vincent, n° 206 et réf. cit.

(55) Madray, obs. sous cass. 4 déc. 1953, *J. C. P.* 1954, éd. Av., IV, 2 250.

(56) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1954, p. 353.

(57) Com. 11 janv. 1960, préc.

touche pas au fond du droit, mais surtout, ainsi que le remarque l'arrêt, « invoquer la clause compromissoire serait inopérant » ; on ne peut donc reprocher au défendeur de ne pas l'avoir fait.

292. — La Convention européenne sur l'arbitrage international, signée à Genève le 21 avril 1961, s'est occupée de la question. L'article 6, alinéa 4, est ainsi conçu :

« Une demande de mesures provisoires ou conservatoires adressée à une autorité judiciaire ne doit pas être considérée comme incompatible avec la convention d'arbitrage, ni comme une soumission de l'affaire quant au fond au tribunal judiciaire ».

On retrouve dans ce texte le reflet exact de la position du droit interne français.

§ 2. — *L'étendue de la convention arbitrale.*

293. — C'est évidemment l'analyse de la convention arbitrale qui permet de délimiter le pouvoir des arbitres et la compétence des tribunaux judiciaires.

Deux impératifs contradictoires, et qui reflètent les éléments contractuels et juridictionnels de l'arbitrage, dictent la méthode à suivre.

D'une part, les arbitres constituent une juridiction exceptionnelle, dérogoratoire au droit commun, en ce qu'elle dépossède les tribunaux officiels d'une partie de leurs prérogatives. On s'accorde à reconnaître que le contrat qui lui a donné naissance doit être interprété strictement (58). L'article 1028 du Code de procédure civile vise minutieusement les chefs d'annulation de la sentence relatifs à la convention originaire.

Mais d'autre part, le Tribunal arbitral constitue une véritable juridiction qui ne peut accomplir convenablement sa mission si elle reste prisonnière d'un cadre trop rigide et si l'on ne peut tenir compte des éléments imprévisibles. Il est très difficile de fixer dès l'origine, ainsi que l'impose l'article 1006 du Code de procédure civile, l'objet du litige, d'une manière rigoureuse et immuable. Celui-ci se précisera souvent au cours du déroulement de la procédure, d'autant que la situation des parties n'est pas toujours figée et risque de se modifier durant l'instance. Le phénomène se produit de façon identique devant les arbitres et devant les juridictions officielles. La jurisprudence, dans son ensemble, respecte ces deux impératifs et par là, reconnaît, semble-t-il, l'existence de l'élément juridictionnel de l'arbitrage aussi bien que de l'élément contractuel.

Les difficultés peuvent se présenter à deux stades différents : la détermination de l'objet du litige et la recevabilité des demandes additionnelles ou reconventionnelles.

(58) Morel, n° 725 ; Robert, n° 133 ; Boulbès, note sous Paris 20 oct. 1961, J. C. P. 1962, II, 12 372 ; Level, note sous Paris, 30 mars 1962, J. C. P. 1962, II, 12 843 ; Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1962, p. 692.

294. — La détermination de l'objet du litige donne souvent lieu à de vives discussions. Lorsque la convention arbitrale, insérée dans les statuts d'une société, vise les contestations relatives au pacte social, survenues « soit entre les associés, soit entre ceux-ci et la gérance, soit entre la gérance et le conseil de surveillance », les tribunaux judiciaires restent compétents « pour statuer sur une action exercée par la société elle-même, personne morale distincte des associés, contre son ancien gérant » (59). Il est vraisemblable que les rédacteurs du pacte social avaient cru tout prévoir, et cette décision déforme probablement l'intention des parties. On a dit avec juste raison que « l'excès de précisions formellement exprimées au compromis peut restreindre considérablement l'office des arbitres » (60).

295. — Si la Cour de cassation sanctionne sévèrement tout dépassement de pouvoirs quand l'objet lui paraît étroitement déterminé par la convention arbitrale (61), elle interprète assez largement la clause compromissoire qui a une portée générale : lorsque, par exemple, le recours à l'arbitrage est prévu pour « toutes contestations qui pourraient s'élever pendant la durée de la société ou lors de sa liquidation », la juridiction suprême attribue aux arbitres le pouvoir de statuer sur une demande de dissolution (62). L'arbitre, chargé de prescrire « toutes garanties » nécessaires à l'extinction d'une dette, peut modifier le mandat confié à un séquestre judiciaire (63). La convention arbitrale, qui englobe « tous les différends relatifs à l'interprétation ou à l'exécution d'un contrat », enlève compétence aux tribunaux ordinaires pour statuer sur les conséquences de l'inexécution du contrat, et notamment sur la responsabilité qui en découle (64), alors même que celle-ci serait quasi délictuelle et n'aurait pas trait à un acte d'exécution proprement dit (65). Le critère, en l'espèce, semble tenir au fait, relevé par de nombreux arrêts, que pour statuer, le juge est « inévitablement conduit à appliquer ou à interpréter les clauses de la convention » (66), ce qui est précisément l'objet de la clause compromissoire.

296. — Lorsqu'il s'agit des demandes additionnelles ou reconventionnelles, la nécessité de tenir compte du caractère juridictionnel de l'arbitrage s'affirme encore plus fortement. L'objet du litige et les préten-

(59) Com. 6 mars 1956, J.C.P. 1956, II, 9 373 ; *Rev. arb.*, 1957, p. 24 ; *Bull. civ.*, n° 103, p. 83.

(60) Level, note sous Paris 30 mars 1962, J. C. P. 1962, II, 12 843.

(61) Voir également : Com. 17 fév. 1954, *Bull. civ.*, n° 57 (2^e arrêt), p. 42 ; Civ. 9 fév. 1955, *Bull. civ.*, 1955, n° 72, p. 42 ; Com. 19 avril 1958, *Rev. arb.*, 1958, p. 120.

(62) Com. 30 mars 1949, J. C. P. 1951, II, 6 180, note Bastian ; dans le même sens, Douai, 12 juil. 1951, J. C. P. 1952, II, 7 156 ; S. 1952, 2, p. 133, note Robert.

(63) Com. 10 nov. 1947, J. C. P. 1947, II, 3 968, note Cavarroc ; D. 1948, p. 16.

(64) Req. 28 juil. 1952, D. 1952, I, p. 236 ; Civ. 19 janv. 1961, *Bull. civ.*, n° 53, p. 35 ; Paris 20 oct. 1961, J. C. P. 1961, II, 12 372, note R. B.

(65) Com. 11 oct. 1954, J. C. P. 1955, II, 8 655, note Motulsky ; *Rev. arb.*, 1955, p. 58.

(66) Paris, 20 oct. 1961, préc.

tions des parties étant fixés dès l'origine par le compromis, toute demande postérieure, doit être en principe déclarée irrecevable, et se trouve de la compétence des tribunaux ordinaires.

Mais si les auteurs insistent sur ce point, tous admettent que les arbitres doivent cependant connaître des demandes incidentes, qui sont l'accessoire de la demande principale (67), en vertu de la règle posée par l'article 464 du Code de procédure civile, dont on a dit « qu'elle est trop naturelle pour ne pas avoir une portée générale » (68). C'est d'ailleurs une solution traditionnelle en jurisprudence (69) et la Cour d'appel de Douai, le 7 octobre 1958 (70) en a fait une application exacte en admettant une demande de frais de transports, additionnelle à une demande principale en paiement de livraison de marchandise, la demande additionnelle n'étant « que la suite et la conséquence nécessaire de la demande principale dans laquelle elle se trouvait implicitement comprise ». L'arrêt déclare qu'« en droit, la compétence des arbitres s'étend à toutes les demandes accessoires, pourvu qu'elles se rattachent, par un lien étroit, à la demande principale ».

297. — Il paraît difficile d'adopter une autre conception sans méconnaître non seulement la nature du tribunal arbitral dont la saisine « doit pouvoir s'étendre, comme celle de toute juridiction, aux accessoires qui viennent se joindre au procès » (71), mais également la volonté des parties incluse dans la convention originale. La Cour d'Aix, dans un arrêt du 1^{er} mars 1951 (72), fut saisie d'une sentence qui avait fait droit à la demande en dissolution d'une société, et accordé au défendeur des dommages et intérêts pour réparer le préjudice causé par celle-ci. L'arrêt annule cette dernière partie, au motif que la demande en dommages et intérêts ne constituait pas une défense à l'action principale. Outre que les dommages et intérêts sont bien « une suite normale de la dissolution ou de l'annulation d'un contrat » (73), il faut noter que la sentence ainsi amputée, représente exactement l'inverse de ce qui avait été jugé. Les arbitres, pour sauvegarder ce qu'ils estimaient être le droit du défendeur, n'auraient eu, en ce cas, d'autre possibilité que de refuser l'annulation du contrat, contrairement à la volonté des deux parties, qui n'étaient d'accord que sur ce point.

298. — La même situation absurde aurait dû se retrouver à la suite de l'arrêt rendu par la Cour de Paris, le 30 mars 1962 (74), qui, affirmant

(67) Garçonnet et Cézard-Bru, T. VIII, n° 277 ; Glasson, Tissier, Morel, T. V, n° 1831 ; Morel, n° 728 ; Robert, n° 161 ; Cuhe et Vincent, n° 620.

(68) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1962, p. 692.

(69) Req. 8 juil. 1845, D. 1845, 1, p. 84.

(70) Douai, 7 oct. 1958, G. P. 1959, 1, p. 50 ; *Rev. arb.*, 1959, p. 14.

(71) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1962, p. 693.

(72) Aix, 1^{er} mars 1951, D. 1952, p. 184.

(73) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1952, p. 258.

(74) Paris, 30 mars 1962, J. C. P. 1962, II, 2 843, note Level ; *Rev. arb.* 1962, p. 62 ; *Rev. tr. dr. civ.*, 1962, p. 693, obs. Hébraud.

que les arbitres ne peuvent connaître d'une demande reconventionnelle non formulée dans le compromis, aurait dû maintenir le contrat, alors qu'il fait expressément mention de l'accord des parties pour y mettre fin.

Pour éviter cette conséquence, la Cour analyse l'accord des parties comme un nouveau compromis, qualification qui n'est pas à l'abri des critiques, car elle est contraire à la jurisprudence traditionnelle exigeant une preuve écrite, conformément à l'article 1005 du Code de procédure civile (75).

§ 3. — *L'extinction de la convention arbitrale.*

299. — A la différence de la compétence des tribunaux officiels, celle de la juridiction arbitrale est limitée dans le temps et prend fin avec la convention qui l'institue et dont l'extinction redonne à la juridiction étatique tous ses pouvoirs.

En tant que contrat, la convention arbitrale s'éteint de deux façons, soit par son accomplissement, soit par l'impossibilité de son exécution. Elle obéit de plus à des conditions particulières posées par le Code de procédure civile, et dont le non-respect entraîne sa caducité.

Compromis et clause compromissoire n'obéissent d'ailleurs pas au même régime. La jurisprudence, mettant l'accent sur la différence entre le compromis, qui suppose une contestation déjà née et déterminée, et la clause compromissoire, formule générale d'attribution de compétence aux arbitres, en déduit que les causes d'extinction du compromis sont sans effet sur la clause compromissoire, et que la disparition de celui-là n'éteint pas celle-ci (76). Elle a fait application de cette distinction aussi bien en ce qui concerne l'accomplissement de la convention d'arbitrage qu'en ce qui concerne sa caducité.

300. — La réalisation de l'arbitrage met un terme à la compétence des arbitres, en ce qu'elle opère leur dessaisissement (77), une fois la sentence rendue, à condition qu'il ne s'agisse pas d'une sentence préparatoire (78), laquelle n'épuise pas leur pouvoir juridictionnel. L'interprétation de la sentence et les incidents d'exécution (79) relèvent donc des tribunaux ordinaires.

Si la sentence est ensuite annulée sur appel ou opposition à ordonnance d'exequatur, les arbitres ne peuvent évidemment statuer à nouveau, et la compétence des tribunaux judiciaires renaît. La Cour de cassation, le 13 février 1961 (80), a déclaré que l'appel était recevable contre

(75) Voir *infra*, n° 386.

(76) Voir par ex. Amiens, 20 oct. 1959, G. P. 1959, 2, p. 256 : *Rev. arb.* 1959, p. 122 ; *Rev. tr. dr. civ.*, 1960, p. 161, obs. Hébraud ; Paris, 13 juin 1953, *Rev. arb.*, 1953, p. 125 ; Paris, 6 mars 1964, *Rev. arb.*, 1964, p. 92.

(77) Glasson, Tissier, Morel, T. V., n° 1 840 ; Robert, n° 194 ; Cuche et Vincent, n° 618.

(78) Robert, n°s 190 et ss.

(79) Voir sur ces points : Glasson, Tissier, Morel, T. V. n° 1 826 ; Robert, n°s 195-205 ; Cuche et Vincent, n° 618.

(80) Com. 13 fév. 1961, *Rev. arb.*, 1962, p. 8.

une sentence annulée sur la base de l'article 1028 du Code de procédure civile, et permettait à la Cour d'appel de se saisir de l'affaire au fond. Cela n'est plus vrai lorsque le compromis est précédé d'une clause compromissoire ; certes, les arbitres désignés par le compromis sont dessaisis dès leur sentence rendue, mais la Cour d'appel, qui annule celle-ci pour violation des droits de la défense, ne peut se saisir du fond. La Juridiction suprême le 23 décembre 1958 (81), approuve l'arrêt qui lui est déféré, d'avoir renvoyé les parties à se pourvoir devant de nouveaux arbitres, car, par la clause compromissoire, dont l'effet n'était pas épuisé, « les parties avaient entendu formellement soustraire leur différend aux tribunaux judiciaires ».

301. — La caducité de la convention arbitrale peut tenir à une impossibilité d'exécution ou aux causes spéciales prévues par le Code de procédure civile en son article 1012.

L'impossibilité d'exécution est appréciée sévèrement par les tribunaux. La Cour de cassation, le 7 février 1958 (82), fut saisie d'un pourvoi contre une décision qui avait repoussé l'exception d'incompétence tirée de la clause compromissoire, au motif que les parties n'avaient pu se mettre d'accord sur une personnalité ayant leur confiance, et que le Tribunal civil s'était déclaré incompétent pour procéder à sa désignation. Le pourvoi est rejeté, car, en déduisant de ces circonstances « que l'exécution de la clause compromissoire ayant été rendue impossible, les règles normales de compétence redevenaient applicables, les juges du fond ont légalement justifié leur décision ».

On a contesté en l'espèce la qualification de clause compromissoire (83). Peu importe ici, car la Cour de cassation ne l'a pas mise en doute, et on peut retenir sa solution.

Ce qu'il faut souligner, c'est que les circonstances étaient spéciales ; le litige opposait un patron et un employé, et la convention collective du travail prévoyait qu'il serait réglé par une commission paritaire présidée « par une personnalité ayant la confiance des parties ». Devant le désaccord de celles-ci, le Tribunal civil saisi n'a pas cru pouvoir « imprégner une personnalité, même sans reproche, d'une sorte d'irradiation de confiance susceptible de rallier sans réserve l'adhésion des parties plaidantes ».

302. — La Cour de cassation a accepté ce point de vue, mais, en règle générale, l'impossibilité d'exécution ne saurait résulter de l'obstruction ou de la défaillance de l'une des parties à la constitution du tribunal arbitral, qui permet seulement de s'adresser à justice pour procéder à cette constitution (84). Cette règle a été posée dans une espèce, où, faute d'accord entre les parties, la désignation devait être faite par le

(81) Civ. 23 déc. 1958, *Rev. arb.*, 1959, p. 85.

(82) Soc. 7 fév. 1958, II, 10 777, note Motulsky ; *Rev. tr. dr. civ.*, 1958, p. 655, obs. Hébraud.

(83) Motulsky, note préc. ; contra, Hébraud, obs. préc.

(84) Voir *infra*, n° 394.

Président du Tribunal civil de Strasbourg. Celui-ci ne pouvant être saisi, en raison de l'occupation ennemie, la Cour d'appel avait décidé de rejeter l'exception d'incompétence. La Chambre civile, le 22 janvier 1946 (85), a cassé l'arrêt sans admettre l'impossibilité d'exécution. On peut se demander à quelle juridiction la Cour suprême a entendu renvoyer les parties pour procéder à la constitution du tribunal arbitral ; sa position a certainement été excessive en l'espèce.

303. — Les causes d'extinction prévues par l'article 1012 du Code de procédure civile sont au nombre de trois : d'abord le décès, le refus, le départ ou l'empêchement de l'un des arbitres, puis l'expiration du délai imposé par l'article 1007 du même Code, enfin le partage des arbitres.

Décès, refus, départ ou empêchement de l'arbitre ne présentent guère de difficulté (86). Tout au plus doit-on préciser que la clause compromissoire ne requérant pas, pour sa validité, la désignation d'arbitre, « toutes les causes d'extinction du compromis relatives aux arbitres... sont sans effet sur la clause compromissoire » (87) ; quand bien même celle-ci désignerait les arbitres, la mort de l'un d'eux n'entraînerait pas sa caducité, car elle n'avait pas besoin de comprendre leurs noms. C'est ce qu'a décidé la Chambre commerciale le 18 février 1953 (88).

304. — La fixation d'un délai est une innovation du Code de procédure, désireux d'éviter que l'arbitrage ne traîne indéfiniment et que les parties ne soient privées, sans limitation de durée, des garanties offertes par les tribunaux judiciaires.

Si la sentence intervient après l'expiration du délai fixé, elle est susceptible d'annulation en vertu de l'article 1028, alinéa 2, du Code de procédure civile.

Cette règle est généralement considérée comme heureuse (89) et paraît être une mesure efficace contre des procédés dilatoires employés pour retarder la solution du litige.

Sans doute, le délai légal de trois mois fixé par l'article 1007 du Code de procédure, est-il très bref (90), mais il n'intervient qu'à titre supplétif, en l'absence de volonté contraire exprimée dans le compromis. Sans doute aussi, ne peut-on prévoir sûrement le temps nécessaire à l'examen de l'affaire, ni même à la constitution du tribunal arbitral,

(85) Civ. 22 janv. 1946, G. P. 1946, 1, p. 134.

(86) Voir Glasson, Tissier, Morel, n° 1811 ; Robert, n°s 77 et ss. ; Paris, 29 mai 1964, J.C.P. 1964, II, 13 907, note P. L.

(87) Amiens, 30 oct. 1959, préc.

(88) Com. 18 fév. 1953, *Bull. civ.*, 1953, n° 74, p. 51.

(89) Glasson, Tissier, Morel, T. V., n° 1833 ; H. Sinay, Rapport sur « Les problèmes d'unification de l'arbitrage », *Etudes de droit local, Annales de la Faculté de droit et des sciences politiques et économiques de Strasbourg*, 1959, pp. 17-26 ; Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1962, p. 692.

(90) Le projet de réforme du Code de procédure civile a prévu qu'il serait porté à six mois (art. 400).

mais les parties peuvent déterminer librement le point de départ du délai, et proroger celui-ci (91), à condition que ce soit par écrit (92).

Elles peuvent décider par exemple, qu'il court du jour de l'acceptation des arbitres (93) ; il ne faut pas cependant aboutir à la suppression du délai. C'est pourquoi il a été jugé qu'on ne peut laisser en blanc la date dans le compromis (94), ni proroger la mission des arbitres jusqu'au jour de la rédaction de la sentence définitive (95) ; les arbitres ne peuvent proroger eux-mêmes leur compétence (96).

305. — L'article 1012 du Code de procédure civile est particulier au compromis, et l'exigence d'un délai ne touche pas la clause compromissoire, promesse de compromettre à durée indéterminée. La Cour d'Amiens, le 20 octobre 1959 (97), en a déduit que l'incompétence des juridictions officielles subsistait, dans une espèce où l'une des parties, après avoir consenti deux prorogations du délai imparti aux arbitres, avait, de guerre lasse, refusé d'en consentir une troisième et saisi du fond du Tribunal de commerce. La Cour considère que la disparition du compromis n'a pas éteint la clause compromissoire.

Pour M. le Professeur Hébraud (98), c'est tirer là de principes exacts des conséquences excessives, car les limites imposées à l'arbitrage perdent toute sanction ; nous ne le croyons pas cependant. Sans doute, le perdant avait, en l'espèce, fait preuve d'une bonne volonté remarquable ; mais nous ne pouvons suivre l'éminent auteur lorsqu'il critique la solution donnée par la Cour en disant que, par sa participation au premier compromis, le demandeur avait exécuté la promesse qu'il avait contractée et épuisé ainsi la voie arbitrale. Cela justifierait tout refus de prorogation même pour la première fois, et même si, les parties ayant omis de fixer un délai, le délai légal applicable en l'espèce s'avérerait manifestement insuffisant. Il semble bien que, la clause compromissoire ayant pour objet de créer l'incompétence des tribunaux ordinaires, sans que la nullité d'un compromis passé en application de cette clause y apporte un changement quel qu'il soit, la Cour d'Amiens ait fait une application correcte des principes à l'espèce.

306. — La troisième cause d'extinction prévue par l'article 1012 du Code de procédure civile, est le partage. Celui-ci met fin au compromis, à

(91) Glasson, Tissier, Morel, T. V., n° 1 834 et réf. cit. ; Robert, n°s 41 et ss.

(92) Civ. 18 mai 1942, D. A. 1952, p. 105 ; Lyon, 7 mars 1953, D. 1953, p. 398 ; cette prorogation peut être tacite, Req. 25 avril 1941, S. 1941, 2, p. 299.

(93) Req. 13 fév. 1928, G. P. 1928, 2, p. 213 ; Paris, 20 juin 1957, D. 1958, p. 374, note Goré ; 30 mars 1962, préc.

(94) Civ. 11 juil. 1882, D. 1883, 1, p. 208.

(95) Paris, 10 janv. 1962, D. 1962, p. 457 ; S. 1962, p. 264.

(96) Com. 25 mars 1952, *Bull. civ.*, n° 110 ; Tr. gr. inst. Seine, 14 mars 1963, J. C. P. 1963, II, 13 396, note P. L. ; *Rev. arb.*, 1963, p. 98.

(97) Amiens, 20 oct. 1959, préc.

(98) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1960, p. 161.

moins que les parties n'aient expressément donné pouvoir aux arbitres de prendre un tiers-arbitre (99).

Il ne peut s'agir ici que d'une exigence propre au compromis, la clause compromissoire n'ayant même pas à décider du nombre des arbitres. La Cour de Paris a admis cependant, le 28 février 1962 (100), que le partage mettait fin au compromis et justifiait le retour à la procédure de droit commun, malgré l'existence d'une clause compromissoire. Cette solution ne nous semble pas tenir compte de la jurisprudence qui distingue soigneusement les causes d'extinction de cette clause de celles du compromis.

En réalité, l'effet du partage devrait être, en l'espèce, d'amener les parties à passer un nouveau compromis et à désigner de nouveaux arbitres.

Pour éviter que la même situation ne se reproduise, il faudrait évidemment que les parties pensent à donner, à ces nouveaux arbitres, le pouvoir de désigner un tiers-arbitre.

On a dit que, même si le compromis passé sur clause compromissoire ne comporte pas pouvoir de prendre un tiers-arbitre, il faut reconnaître d'office cette possibilité (101) ; c'est évidemment la solution la plus expéditive, mais on peut se demander si elle n'est pas trop contraire à la lettre de l'article 1012 du Code de procédure civile.

(99) Voir sur l'institution du tiers-arbitre : Glasson, Tissier, Morel, T. V., n° 1836 et ss. ; Robert, n° 176 et ss. ; Cuche et Vincent, Précis, n° 622 ; Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1952, pp. 257 et ss. ; voir *supra*, n° 200, note 39.

(100) Paris, 28 fév. 1962, J. C. P. 1962, II, 12 944, note Level.

(101) Robert, n° 177.

SOUS-TITRE II

LA COMPETENCE DE LA JURIDICTION ARBITRALE

307. — Les problèmes que pose la compétence de la juridiction arbitrale mettent en jeu au plus haut degré la nature de l'arbitrage. L'arbitre, juge privé, est investi d'une mission juridictionnelle, d'origine contractuelle. Une fois institué, il constitue réellement une juridiction et se trouve détenteur, à ce titre, d'un fragment de compétence véritable (1), mais il n'exerce cette fonction que dans les limites d'un compromis valable, faute duquel il n'est plus rien.

On pourrait penser que, pour circonscrire les pouvoirs du tribunal arbitral, il faille simplement faire appel aux principes régissant la compétence des tribunaux.

En fait, l'origine contractuelle de l'arbitrage n'est pas sans influence sur l'étendue, et surtout sur l'existence même de la compétence des arbitres, qui fait complètement défaut si ceux-ci ne sont pas régulièrement institués ; l'article 1028 du Code de procédure civile sanctionne par la nullité « l'acte qualifié jugement arbitral » rendu sur un compromis inexistant ou nul, en tout ou en partie. Si l'on reconnaît au tribunal arbitral, comme à toute juridiction, qualité pour statuer sur les contestations relatives à sa compétence, ce ne peut être qu'à titre provisoire, sous le contrôle de l'autorité judiciaire.

La difficulté se retrouve ici, de réaliser l'équilibre entre les deux composantes de l'arbitrage. La Cour de cassation, mettant l'accent sur l'origine contractuelle de la saisine des arbitres, leur retire tout pouvoir pour apprécier la validité de leur investiture, négligeant ainsi totalement le caractère juridictionnel de leur fonction.

308. — A l'inverse, la convention arbitrale ne peut être appréciée, quant à sa validité et quant à ses effets, sans tenir compte de l'élément juridictionnel, qui guide la jurisprudence vers des solutions parfois opposées.

La clause compromissoire, interdite dans notre droit depuis l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 10 juillet 1843 (2) existe cependant

(1) Voir *supra*, n° 246 et ss.

(2) Civ. 10 juil. 1843, S. 1843, p. 561, Concl. Hello.

à titre exceptionnel, la plus importante dérogation ayant été apportée par la loi du 31 décembre 1925, qui la valide en matière commerciale.

Du fait que cette clause investit de simples particuliers d'un pouvoir juridictionnel soustrait aux tribunaux étatiques, et qu'elle les prive des garanties qui entourent la justice officielle, l'hostilité de la jurisprudence s'est maintenue, lorsqu'il s'agit de déterminer son domaine d'application. Vis-à-vis de la clause compromissoire insérée dans un acte mixte, elle fait preuve d'une attitude extrêmement sévère, étayée par des arguments qui se révèlent peu solides. La même interprétation restrictive prévaut lorsqu'il s'agit de la clause compromissoire admise en matière de copropriété par l'article 8 de la loi du 28 juin 1938 (3).

309. — En revanche, et l'opposition a été souvent mise en lumière (4), lorsque la clause leur paraît licite, les Tribunaux assurent d'une façon remarquable son efficacité. Non seulement ils interprètent de façon très libérale les conditions de validité ou de preuve, mais encore ils ont admis que l'inertie de l'une des parties qui refuse, après avoir signé la clause compromissoire, de participer au compromis, n'empêche pas le fonctionnement du tribunal arbitral dont la constitution doit être alors demandée à justice. Certes, le mécanisme du contrat et l'exécution forcée en nature expliquent cette solution jurisprudentielle, mais pour partie seulement. Ainsi qu'on l'a remarqué « à la différence des contrats ordinaires, qui sont complets dès leur formation et ont leur fin en eux-mêmes, le fonctionnement de l'arbitrage requiert des éléments nouveaux pour lesquels il faut suppléer à la carence d'une partie » (5).

C'est non seulement la désignation des arbitres, mais encore souvent la délimitation de l'objet du litige qui fait défaut en cas de refus de l'un des contractants de participer à la rédaction du compromis. L'élément juridictionnel de l'arbitrage reparaît dans le système qui assure la mise en œuvre de la clause dont l'effet est de créer l'incompétence des tribunaux ordinaires.

310. — Les problèmes posés par la compétence de la juridiction arbitrale sont résolus de façon peu harmonieuse par la jurisprudence, qui reflète de profondes contradictions. Les tribunaux assurent l'efficacité de la convention arbitrale presque malgré les parties, puisqu'en cas

(3) Paris, 26 juin 1959, J. C. P. 1959, IV, p. 151 ; 22 oct. 1959, Act. jur. 1960, p. 73 ; 12 fév. 1960, G. P. 1960, I, p. 180 ; Act. jur. 1960, p. 74, note Cabanac ; 21 mars 1962, J. C. P. 1963, II, 13 173, note Level ; 22 juin 1962, Act. jur. 1962, p. 843, note Cabanac ; Tr. gr. inst. Seine, 14 janv. 1963, J. C. P. 1963, IV, 4 229, obs. J. A. Contra : Paris, 31 oct. 1959, D. 1960, som., p. 70 ; 19 déc. 1961, J. C. P. 1962, II, 12 519 ; D. 1962, p. 476, note Esmein ; *Rev. arb.*, 1962, p. 139. Sur le problème : Bouvet et Cabanac « La clause compromissoire en matière de copropriété », Act. jur. 1954, p. 117 ; « Portée de la clause compromissoire insérée dans le règlement de copropriété », Act. jur. 1960, p. 73 ; Cabanac, obs. Act. jur. 1962, pp. 44, 158, 409, 841 ; Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1960, p. 525 ; 1962, p. 158 ; 1963, p. 781 ; Zurfüh « L'arbitrage en matière de copropriété », *Rev. arb.*, 1962, p. 127.

(4) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.* 1955, p. 547 ; Gignoux, note sous Paris 11 juil. 1947, J. C. P. 1947, II, 3 840.

(5) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1952, p. 536.

d'obstruction de l'adversaire le demandeur ne peut recouvrer la liberté de s'adresser à la justice officielle pour faire trancher le fond du litige (6) ; en même temps, l'on permet à chaque plaideur de paralyser toute la procédure en invoquant une prétendue contestation sur l'investiture des arbitres, qui les oblige à surseoir à statuer.

Guère plus logique ne paraît l'opposition entre la sévérité avec laquelle elle circonscrit le domaine de la clause compromissoire et la mansuétude qu'elle montre à interpréter les exigences de preuve ; si la clause est dangereuse, il faudrait au moins se montrer aussi sévère pour déclarer qu'elle a été réellement passée que pour admettre sa licéité. Au lendemain de l'arrêt Caulliez, du 22 février 1949 (7), par lequel la Cour de cassation admettait le pouvoir des arbitres pour statuer sur leur investiture, un auteur, constatant la suppression des derniers obstacles qui pouvaient se dresser devant la mise en œuvre de la clause compromissoire, écrivait : « une évolution jurisprudentielle s'achève » (8). Cette conclusion était prématurée ; l'arrêt est resté isolé, du moins dans la jurisprudence de la Cour de cassation.

311. — En fait, nous croyons l'évolution loin d'être achevée ; l'équilibre entre les deux composantes de l'arbitrage reste encore à trouver.

Cependant, en face des positions excessives que nous avons signalées, il faut noter que la jurisprudence n'est pas unanime ; les oppositions et les revirements que l'on y découvre sont la preuve d'une recherche intense de la bonne voie.

La compétence arbitrale soulève de multiples questions. Mais pour notre étude, nous retiendrons seulement celles qui nous paraissent les plus révélatrices de l'incohérence destinée à régner tant que l'arbitrage ne sera pas appréhendé comme une institution autonome.

Nous analyserons donc, dans trois chapitres :

Chapitre I. — L'appréciation de la validité de l'investiture des arbitres.

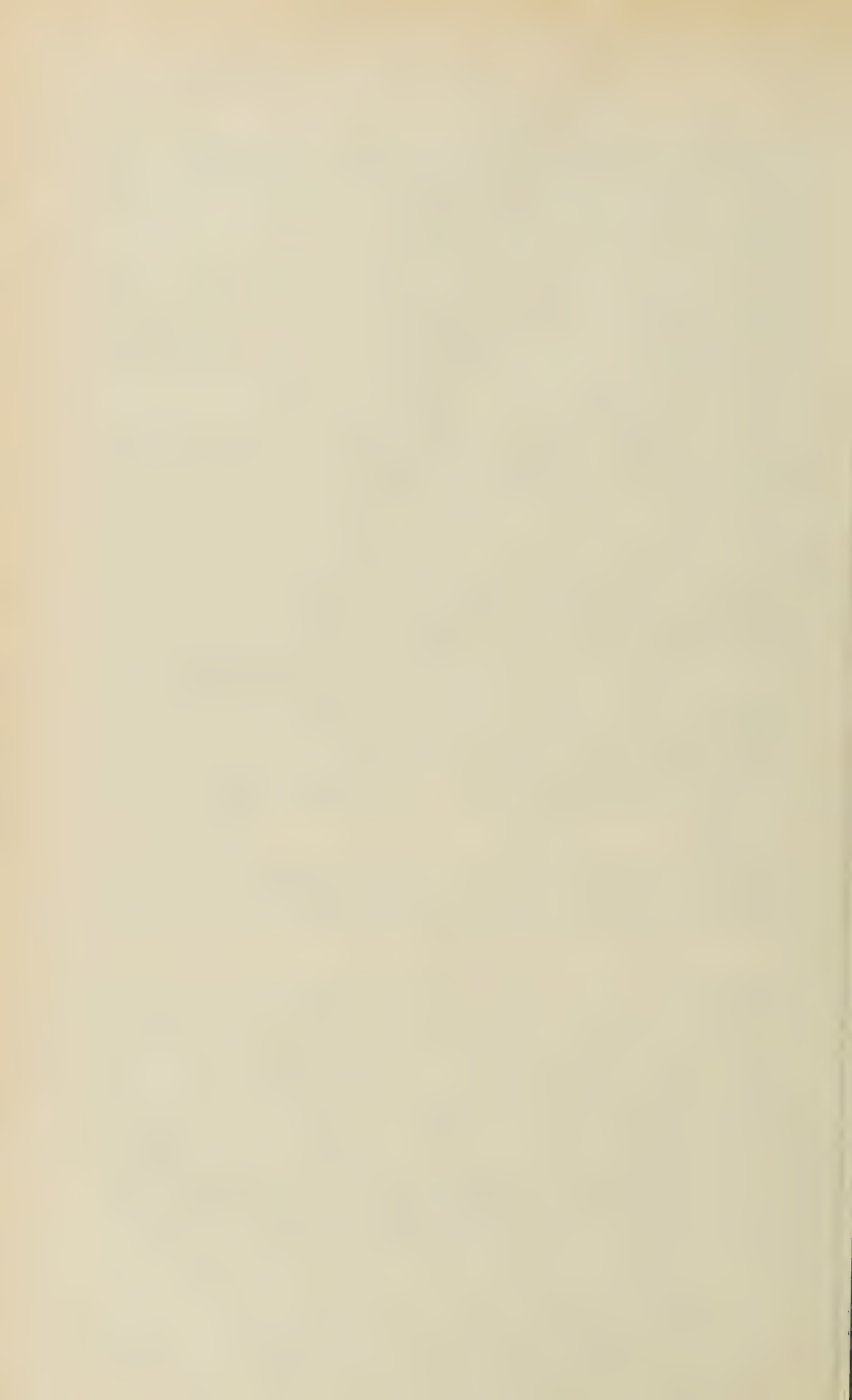
Chapitre II. — La clause compromissoire insérée dans un acte mixte.

Chapitre III. — Le concours de la juridiction étatique à l'efficacité de la convention arbitrale.

(6) Voir *supra*, n° 302 ; *infra*, n°s 391 et ss.

(7) Com. 22 fév. 1949, J. C. P. 1949, II, 4 899, note Motulsky.

(8) Motulsky, note sous l'arrêt, *ibidem*.



CHAPITRE I

L'APPRECIATION DE LA VALIDITE DE L'INVESTITURE DES ARBITRES

312. — La validité de l'investiture des arbitres est susceptible d'être contestée à deux degrés différents. La discussion peut porter simplement sur l'interprétation de la convention arbitrale, dont on ne sait si elle a prévu le litige survenu ; mais elle peut également porter sur l'existence même du pouvoir des arbitres, soit que l'on soulève la nullité de la convention arbitrale, soit que l'on discute la validité du contrat contenant la clause compromissoire.

Dans ce dernier cas, en effet, la Cour de cassation, cédant à un fort courant en faveur de l'indépendance de la clause par rapport au contrat principal (1) a admis la « complète autonomie juridique de l'accord compromissoire » (2). Mais elle en a fait une solution particulière au droit international. Sur le plan interne, elle continue à considérer que la nullité du contrat affecte automatiquement la clause envisagée comme une stipulation accessoire.

Qu'il s'agisse du compromis ou de la clause compromissoire, le problème apparaît identique : les simples particuliers que sont les arbitres n'ont de compétence que « dans le cadre du pouvoir juridictionnel qui leur a été conventionnellement conféré » (3).

313. — La discussion peut se présenter à trois stades de la réalisation de l'arbitrage : après la reddition de la sentence, avant la constitution du Tribunal arbitral, ou tout de suite après la saisine des arbitres, mais avant que la sentence ne soit rendue. Le premier stade n'offre pas de difficulté ; le contrôle *a posteriori* du pouvoir des arbitres s'effectue par la voie de l'opposition à ordonnance d'exequatur, prévue par l'article 1028

(1) Voir *supra*, n° 85 ; 147 et ss.

(2) Civ. 7 mai 1963, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1963, p. 615, note Motulsky ; D. 1963, p. 545, note Robert ; J. C. P. 1963, II, 13 405, note Goldman ; *Rev. tr. dr. civ.* 1963, p. 780, obs. Hébraud ; *Rev. arb.* 1963, p. 60 ; Clunet 1964, p. 82, note Bredin.

(3) Hébraud « Le recours à l'arbitrage », *Informateur du chef d'entreprise*, 1952, p. 552.

du Code de procédure civile. Celui-ci rend compte précisément de l'origine contractuelle de l'investiture des arbitres et sanctionne son absence, totale ou partielle, par la nullité de la sentence.

Mais lorsque la contestation se situe avant la reddition de la sentence, on peut envisager aussi bien la compétence du tribunal étatique que celle de la juridiction arbitrale, car si la nullité du compromis enlève tout pouvoir aux arbitres, sa validité entraîne l'incompétence des tribunaux ordinaires.

Lorsque le tribunal arbitral n'est pas encore constitué, on discute déjà sur la recevabilité de l'action préventive, mais le problème devient bien plus crucial lorsqu'on se trouve en présence des deux juridictions.

314. — On ne peut échapper au dilemme qu'en mettant en cause la nature du pouvoir des arbitres, et par là même celle de l'arbitrage. Il faut soit admettre qu'il s'agit d'une véritable compétence juridictionnelle — laquelle s'étend donc au contrôle de son étendue — soit ramener l'institution tout entière à son origine contractuelle, auquel cas il n'y a plus qu'une question d'interprétation ou de validité d'une convention. Si l'enjeu s'avère fondamental sur le plan théorique, il ne l'est pas moins en pratique. Suivant que l'on permet aux arbitres de statuer sur toute contestation de cet ordre ou qu'on les oblige à se dessaisir et à attendre que la juridiction officielle ait statué, l'arbitrage reste un mode de règlement des litiges rapide et efficace, ou bien se trouve paralysé par n'importe quelle exception dilatoire.

315. — On conçoit alors que ce problème soit considéré dans tous les pays comme l'un des plus fondamentaux, et se trouve à l'ordre du jour des préoccupations jurisprudentielles de toutes les nations qui reconnaissent l'arbitrage (4). Il vient de faire l'objet des travaux de la première commission du Congrès international de l'arbitrage des 11, 12 et 13 mai 1961 (5). Si la solution généralement admise laisse aux arbitres le soin de statuer sur leur compétence au vu des conséquences « dissolvantes » (6) pour l'arbitrage qu'entraînerait l'adoption de l'attitude inverse, il n'en est pas de même en France où la jurisprudence n'est pas encore stabilisée, et où les solutions sont très différentes en droit interne et en droit international privé.

Ces divers aspects du problème nous conduisent à répartir nos développements de la façon suivante :

Section 1. — L'action préventive devant les tribunaux officiels.

Section 2. — Le droit positif français sur le pouvoir des arbitres d'apprécier la validité de la convention arbitrale.

(4) Voir « Réflexions sur un arrêt », Editorial, *Rev. arb.*, 1957, p. 4 et réf. cit. ; Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1958, p. 290 et réf. cit. ; note anonyme sous Com. 11 janv. 1960, *Rev. arb.* 1960, p. 44.

(5) Travaux du Congrès international de l'arbitrage et rapport Klein, *Rev. arb.*, 1961, et pp. 48 et ss.

(6) Rapport Klein, préc., p. 56.

Section 3. — Critique de la position de la Cour de cassation.

Section 4. — Le pouvoir des arbitres pour statuer sur leur investiture et le droit international.

SECTION 1

L'ACTION PREVENTIVE DEVANT LES TRIBUNAUX OFFICIELS

316. — Lorsqu'une contestation s'élève sur la validité de la convention arbitrale, peut-on s'adresser aux tribunaux officiels ? Nous laissons de côté pour l'instant la question de savoir s'il s'agit d'une option entre juridiction de droit commun et juridiction arbitrale, ou s'il s'agit de la seule voie possible.

On a cru devoir rejeter la possibilité d'une action préventive devant les tribunaux officiels, mais il semble au contraire qu'il n'existe que des raisons en faveur de son admission. La seule question qui s'élève est de savoir si l'on peut valablement y renoncer. Ces trois points feront l'objet des paragraphes suivants :

§ 1. — La doctrine opposée à l'admission de l'action préventive.

§ 2. — Les arguments en faveur de l'admission de l'action préventive.

§ 3. — La faculté de renoncer à l'action préventive.

§ 1. — *La doctrine opposée à l'admission de l'action préventive.*

M. Robert (7) dénie vigoureusement la compétence des juridictions officielles. D'après lui, le problème est différent, mais la solution identique, suivant qu'il existe ou non un litige sur le fond entre les parties.

En présence d'un litige sur le fond, la demande en nullité de la clause compromissoire ne serait qu'une défense à l'action principale, relevant par là, même dans sa forme apparemment préventive, de la compétence des arbitres.

S'il n'existe pas de litige sur le fond, l'action préventive ne serait pas recevable, faute d'intérêt : car si celui-ci peut résulter d'un préjudice éventuel ou futur, il paraît infiniment hypothétique d'affirmer l'intervention future d'un litige.

317. — Ces arguments ne nous paraissent pas devoir emporter la conviction. Dire que la demande en nullité ne peut être qu'une défense à l'action principale, c'est, nous semble-t-il, détourner le terme de défense de son sens procédural « procédé qui permet au défendeur de réagir contre

(7) Robert, note sous Paris 22 janv. 1957, D. 1957, p. 566 ; *Traité*, n° 132.

l'attaque dont il est l'objet » (8). Il s'agirait plutôt d'une demande reconventionnelle connexe, laquelle peut être jugée par le Tribunal saisi de la demande principale, mais n'est pas forcément de sa compétence exclusive.

Quant à la deuxième hypothèse, s'il est vrai que l'intervention du litige n'est qu'éventuelle, c'est le principe même de l'admission de l'action préventive qui permet de parer à cette éventualité.

La jurisprudence admet largement la recevabilité d'une telle action (9), et ne peut que l'admettre en la matière, car, pour reprendre les termes d'un auteur « il existe un intérêt actuel et puissant à parer dès l'abord la menace de voir intervenir une sentence favorable à la prétention de l'adversaire et dont l'exequatur peut être obtenu par voie de requête, donc unilatéralement » (10).

Les arbitres peuvent prononcer l'exécution provisoire de la sentence (11), susceptible d'entraîner des conséquences irréparables, même si l'annulation est prononcée par la suite. Une fois la clause compromissoire souscrite, rien ne peut arrêter son exécution, pas même le refus de passer le compromis : dans ces conditions, le préjudice n'apparaît rien moins qu'hypothétique (12).

318. — C'est pourquoi nous paraît inopérant l'argument tiré de l'arrêt rendu par la Cour de Paris le 22 janvier 1957 (13), à savoir que les parties trouvent « une garantie suffisante de leurs droits dans l'exercice des voies de recours qui leur sont ouvertes », argument que l'on met en avant (14) non sans déformer la pensée de la Cour, qui envisage seulement l'hypothèse spéciale où les parties ont entendu expressément renoncer à l'action préventive.

De plus, ainsi que l'a souligné le Tribunal civil de la Seine, dans son jugement du 7 juin 1956 (15) « il serait illogique d'obliger la partie contestante à provoquer la constitution d'un tribunal arbitral qui aurait pour seule mission de constater qu'il n'est pas valablement institué ». Il semble effectivement qu'il existe un intérêt légitime certain à éviter une procédure, compliquée éventuellement par le refus de l'adversaire de participer au compromis, et devant s'avérer ensuite inefficace.

§ 2. — Les arguments en faveur de l'admission de l'action préventive.

(8) Cuhe et Vincent, *Précis*, n° 25.

(9) Voir notes Motulsky, sous Tr. civ. Seine, 7 juin 1956, J. C. P. 1956, II, 9 460 ; 17 oct. 1956, J. C. P. 1956, II, 9 647 ; Paris, 22 janv. 1957, J. C. P. 1957, II, 10 165 et réf. cit.

(10) Motulsky « Questions préalables et questions préjudicielles en matière de compétence arbitrale », J. C. P. 1957, I, 1 383.

(11) Voir *infra*, n° 443.

(12) On retrouve les mêmes intérêts à l'exercice de l'action préventive en nullité de l'article 1028 du Code de procédure civile. Voir *infra*, n° 500.

(13) Paris, 22 janv. 1957, J. C. P. 1957, II, 10 165, note Motulsky ; D. 1957, p. 566, note Robert ; *Rev. arb.* 1956, p. 134.

(14) Robert, *ibidem* ; Editorial préc., p. 2.

(15) Tr. civ. Seine, 7 juin 1956, J. C. P. 1956, II, 9 460, note Motulsky.

319. — La recevabilité de l'action préventive s'impose avec force si on la considère sous son autre aspect, qui fait d'ailleurs ressortir l'origine contractuelle de la compétence arbitrale : elle se présente souvent — dans la mesure où l'on voit dans la clause compromissoire l'une des stipulations d'un contrat (16) — comme une action principale en nullité du contrat. Sous cet angle, on ne conçoit guère comment la juridiction pourrait rejeter cette action « quand bien même le contrat serait assorti d'une clause compromissoire ou serait constitué par celle-ci » (17).

Le 22 janvier 1957 (18), la Cour de Paris se prononce en des attendus catégoriques : « aucune règle de droit n'interdit d'exercer une action directe ou principale devant le Tribunal civil, investi de la plénitude de juridiction, en vue de faire proclamer, dès avant le prononcé de toute sentence, la nullité d'une clause compromissoire instituant des arbitres et définissant leur compétence ».

La jurisprudence n'a d'ailleurs jamais repoussé la recevabilité d'une telle action (19).

320. — Les détracteurs de l'action préventive mettent l'accent sur le caractère dilatoire qu'elle peut revêtir (20). Il est vrai que toute action de cette sorte conduit à multiplier les procès, mais en l'espèce, il faut voir qu'en contrepartie, elle offre l'avantage inverse d'éviter la mise en œuvre, pas toujours simple, de la procédure arbitrale, et de ne pas imposer d'attendre la reddition de la sentence pour, le cas échéant, voir prononcer la nullité de celle-ci et être contraint de retourner devant les Tribunaux judiciaires qui devront trancher le litige.

Certes, à partir du moment où la juridiction arbitrale est en mesure de fonctionner, elle risque d'être saisie concurremment avec le tribunal étatique, si l'on admet qu'elle est compétente pour statuer sur son investiture : il y aura alors dualité de procédure. Mais, ainsi qu'on l'a remarqué (21), la situation peut se produire à propos de n'importe quelle clause attributive de juridiction, et le règlement de juge — sous sa formule nouvelle de litispendance ou de connexité — doit être envisagé si le Tribunal civil est saisi en second.

321. — En la matière, il est d'ailleurs possible de distinguer l'exception dilatoire de la contestation sérieuse. L'intérêt légitime ferait défaut, selon un auteur (22), lorsque l'action n'est déclenchée qu'en vue de faire échec à l'arbitrage, ce qui serait le cas toutes les fois que la pro-

(16) Ce qui n'implique pas que la clause soit nécessairement dans la dépendance juridique du contrat qui la contient matériellement.

(17) Motulsky, note préc. sous Tr. civ. Seine, 7 juin 1956.

(18) Paris, 22 janv. 1957, préc.

(19) Req. 18 fév. 1862, S. 1862, 1, p. 417 ; Civ. 8 janv. 1913, S. 1913, 1, p. 243 ; Tr. civ. Seine, 7 juin 1956, préc. ; Paris, 22 janv. 1957, préc. ; Com. 6 oct. 1953, J. C. P. 1954, II, 8 293 ; S. 1954, 1, p. 149, note Robert ; D. 1954, p. 25 ; Rev. tr. dr. civ., 1954, p. 14, obs. Hébraud.

(20) Robert, *ibidem* ; Editorial préc., p. 4.

(21) Motulsky, note préc. sous Tr. civ. Seine, 7 juin 1956.

(22) Motulsky, art. préc., J. C. P. 1957, I, 1 383.

cédure est intentée en riposte à une demande d'arbitrage, le désir d'obstruction étant alors évident. Il nous paraît cependant un peu contestable de fonder l'intérêt sur la tardiveté de l'action, d'autant que le demandeur a peut-être eu des raisons de croire que son adversaire ne saisirait pas la juridiction arbitrale.

La nouvelle procédure du contredit, qui permet de prononcer une amende civile et d'attribuer des dommages et intérêts lorsque le déclinatoire de compétence se révèle abusif, constitue sans doute une arme efficace contre une action préventive dilatoire. Elle présente l'avantage de laisser au tribunal l'appréciation du caractère abusif, et de ne pas le soumettre à un critère rigide, qui ne tiendrait pas compte de la diversité des circonstances.

322. — La Cour de Paris, le 21 mars 1962 (23) et la Cour de Douai, le 9 mars 1962 (24), ont utilisé cette possibilité, et en rejetant le contredit, condamné le demandeur à l'amende civile. L'action en nullité intentée seulement après le dépôt du rapport de l'expert-comptable qui fixait le montant des redevances dues en exécution d'un contrat d'exploitation de brevets d'invention, ne représente, pour la Cour de Douai, qu'un moyen d'échapper au paiement, et par conséquent une action dilatoire.

Cette attitude est peut-être trop sévère. On a fait remarquer (25) que l'hésitation était permise en l'espèce ; comme il s'agissait de brevets d'invention, on pouvait se demander si l'ordre public n'avait pas pour effet de soustraire l'affaire au domaine de l'arbitrage (26).

Mais il reste que l'emploi des sanctions offertes par l'article 169 du Code de procédure civile peut constituer une mesure efficace contre l'abus de l'action préventive, et pallier ainsi son principal inconvénient.

§ 3. — *La faculté de renoncer à l'action préventive.*

323. — Aucune raison de principe ne permet l'exclusion de l'action en nullité du contrat originaire ; le problème se pose, cependant, de savoir si une convention expresse peut la prévoir valablement.

Dans l'hypothèse soumise à la Cour de Paris le 22 janvier 1957 (27), la clause compromissoire litigieuse se référait expressément au Règlement de conciliation et d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, dont l'article 13 donne pouvoir « à l'arbitre seul de prendre toute décision sur sa propre compétence ». La Cour en déduit l'interdiction de recourir à la juridiction de droit commun, car dit-elle « une telle stipulation qui n'est contraire à aucun principe d'ordre public, tient lieu de loi aux parties ».

De même, à propos également d'une espèce internationale, le Tri-

(23) Paris, 21 mars 1962, J. C. P. 1963, II, 13 173, note Level.

(24) Douai, 9 mars 1962, *Rev. arb.*, 1962, p. 51.

(25) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1962, p. 696.

(26) Voir *supra*, n° 79.

(27) Paris, 22 janv. 1957, préc.

bunal de grande instance de Corbeil-Essonnes (28) relève que la clause compromissoire insérée dans le contrat allemand-néerlandais litigieux prévoyait que « tous différends pouvant naître du présent contrat » seraient jugés par arbitrage. Il en conclut « qu'il était expressément de la compétence exclusive des arbitres de constater la prétendue nullité résultant de l'inexécution du contrat ».

324. — Certains auteurs, qui refusent aux arbitres tout pouvoir pour statuer sur leur investiture, admettent cependant la possibilité de leur soumettre, à titre exclusif, la contestation sur la validité du contrat, à condition que ce soit « par un compromis indépendant de la clause compromissoire » (29).

Cette faculté ne paraît cependant concevable que si l'on reconnaît que la compétence des arbitres s'étend au contrôle de la convention qui les institue, car dans le cas contraire, ainsi qu'on l'a remarqué (30), il s'agirait « d'un problème d'organisation judiciaire, soustrait à l'autonomie de la volonté privée », et donc du domaine de l'ordre public.

Tout dépend en définitive de l'attitude adoptée quant à l'étendue de la compétence des arbitres.

SECTION II

LE DROIT POSITIF FRANÇAIS

SUR LE POUVOIR DES ARBITRES D'APPRECIER LA VALIDITÉ DE LA CONVENTION ARBITRALE

325. — Les tribunaux sont en la matière, radicalement divisés ; les juridictions inférieures, à la suite de la Cour de Paris, se trouvent en opposition formelle avec la Cour de cassation.

La position de cette dernière semble si peu admissible que l'on a pu se demander si elle était réellement bien établie. C'est ce qui nous a incité à reprendre d'abord l'examen de sa jurisprudence pour en analyser ensuite la portée :

§ 1. — La jurisprudence de la Cour de cassation.

§ 2. — Analyse de la position de la Cour de cassation.

§ 1. — *La jurisprudence de la Cour de cassation.*

La Cour suprême dans deux anciens arrêts des 2 décembre 1839 et

(28) Tr. gr. inst. Corbeil-Essonnes, 24 janv. 1962, *Rev. arb.*, 1962, p. 19.

(29) Glasson, Tissier, Morel, T. V., n° 1816.

(30) Motulsky, note préc. sous Paris, 22 janv. 1957.

2 août 1842 (31) déniait aux arbitres toute possibilité de se prononcer sur l'existence ou la validité du contrat d'où ils tirent leurs pouvoirs.

Le 8 janvier 1913 (32), à propos d'une clause insérée dans un contrat international, elle déclare que « le Tribunal compétent d'après l'article 14 du Code civil ne devait se dessaisir que si la clause opposée comme attribuant la connaissance du litige à une autre juridiction eût été contenue dans un contrat exempt de vices ».

Ce fut ensuite un long silence, dû à l'interdiction de la clause compromissoire.

Dans le même temps, on notait qu'elle avait affirmé à plusieurs reprises le droit des arbitres de statuer lorsque la contestation portait non plus sur l'existence, mais sur l'étendue de la clause compromissoire (33) — sous réserve du contrôle de la sentence par les tribunaux en vertu de l'article 1028 du Code de procédure civile.

326. — Or, le 22 février 1949 (34), la Cour de cassation fut saisie d'un pourvoi contre un arrêt de la Cour de Douai, qui avait refusé d'annuler une sentence rendue alors que la compétence des arbitres était contestée. Devant l'inertie de l'une des parties, il avait été procédé à la désignation de l'arbitre, à sa place, par une ordonnance sur requête, frappée ensuite d'opposition. La Cour de cassation approuve l'attitude de la Cour de Douai, et déclare que « toute juridiction même d'exception, étant juge de sa propre compétence, les arbitres avaient le pouvoir et le devoir de vérifier si, eu égard aux termes de la clause compromissoire souscrite par les intéressés, ils étaient compétents pour connaître du différend qui leur était soumis ; qu'en outre, aucune disposition légale ne les obligeait à surseoir à l'instruction jusqu'à ce qu'il ait été statué sur l'opposition... à l'ordonnance de nomination ».

Cette décision fut considérée comme l'abandon de la jurisprudence des arrêts des 2 décembre 1839 et 2 août 1842, et la condamnation de la distinction entre investiture et étendue des pouvoirs des arbitres, à la satisfaction de ses commentateurs (35).

327. — Cependant, la Cour de Lyon, le 30 avril 1951 (36), dans une affaire Courtieu, accueille l'action en nullité d'un contrat de société contenant une clause compromissoire, et dans les attendus, reprend l'ancienne distinction qu'on croyait abolie, entre l'existence et l'étendue de la compétence des arbitres. « Si, comme toute juridiction, le Tribunal arbi-

(31) Civ. 2 déc. 1839, S. 1840, 1, p. 237 ; 2 août 1842, S. 1842, 1, p. 824.

(32) Civ. 8 janv. 1913, D. 1920, 1, p. 53, note Escarra.

(33) Req. 26 fév. 1856, S. 1856, 1, p. 603 ; Req. 7 nov. 1865, S. 1866, 1, p. 113 ; D. P. 1866, 1, p. 204 ; 28 fév. 1881, S. 1882, 1, p. 223 ; 6 janv. 1936, S. 1936, 1, p. 84 ; Com. 10 nov. 1947, J. C. P. 1947, II, 3 968, note Cavarroc ; S. 1948, 1, p. 68 ; D. 1948, p. 16 ; Com. 5 juil. 1948, *Bull. civ.*, n° 174, p. 171.

(34) Com. 22 fév. 1949, J. C. P. 1949, II, 4 899, note Motulsky ; S. 1949, 1, p. 73.

(35) Motulsky, note sous l'arrêt, J. C. P. 1949, II, 4 899 ; Boitard, obs. *Rev. tr. dr. com.*, 1949, p. 471 ; M. Hébraud, cependant, ne trouve pas l'arrêt absolument décisif (obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1949, p. 445 ; art. préc. 1952, p. 554).

(36) Lyon, 30 avril 1951, G. P. 1951, 2, p. 262.

tral est juge de sa propre compétence, sous réserve du contrôle de l'autorité judiciaire s'exerçant en cas d'amiable composition par la voie de l'opposition à ordonnance d'exequatur, il ne saurait, par contre, sans commettre un excès de pouvoir, statuer sur la validité de sa propre institution, puisqu'il n'est investi du pouvoir de juger que lorsqu'il a été régulièrement institué ».

La Cour de cassation, le 6 octobre 1953 (37) rejette le pourvoi par une formule laconique : « s'agissant d'une action engagée en vue de faire déclarer la nullité de la société, ce litige, mettant en cause la validité de la clause compromissoire contenue dans les statuts, devait être soumis aux juridictions de droit commun, seules compétentes pour en connaître ».

328. — Le 14 octobre 1957 (38), elle approuve à nouveau l'arrêt qui lui est déféré d'avoir rejeté l'exception d'incompétence tirée de l'existence d'une clause compromissoire : « Attendu », dit-elle, « que la Cour d'appel se trouvait saisie d'une action en nullité d'une société à responsabilité limitée pour violation des dispositions d'ordre public de l'article 7 de la loi du 7 mars 1925, concernant la libération des apports ; que la clause compromissoire contenue dans les statuts et de laquelle les arbitres tiraient leurs pouvoirs ne pouvait entraîner aucun effet provisoire, ni subsister en cas de nullité du pacte social qui ne pouvait, en l'espèce, être appréciée que par une juridiction de droit commun ».

Persévérant dans son attitude, le 28 janvier 1958 (39) elle rejette un pourvoi contre un arrêt de la Cour d'Aix du 24 janvier 1952, qui avait repoussé l'exception d'incompétence tirée de la clause compromissoire, et statué sur l'annulation du marché. Le 18 juin 1958 (40), saisie d'une action tendant à faire déclarer la nullité d'une association en participation, elle déclare encore : « le litige qui met en cause la validité de la clause compromissoire contenue dans les statuts de cette association doit être soumis aux juges de droit commun, seuls compétents pour en connaître ».

329. — Le 11 janvier 1960 (41), elle est saisie d'une affaire voisine de celle qui lui avait été soumise le 22 février 1949. Les deux associés non gérants d'une société en nom collectif avaient saisi le Tribunal de commerce d'une action en nullité de la société pour inexistence ou fictivité d'apports ; puis, mettant en jeu la clause compromissoire, ils avaient décidé de faire fonctionner la procédure arbitrale pour apprécier l'opportunité de la nomination d'un administrateur provisoire. Conformément aux statuts, qui prévoyaient leur désaccord sur le choix des arbitres, ils

(37) Com. 6 oct. 1953, préc.

(38) Com. 14 oct. 1957, *Bull. civ.*, n° 252, p. 213.

(39) Com. 28 janv. 1958, *G. P.* 1958, 1, p. 283 ; *Rev. arb.*, 1958, p. 17 ; *Rev. tr. dr. civ.*, 1958, p. 290

(40) Com. 18 juin 1958, *Bull. civ.*, n° 208 ; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, p. 754, note Mezger ; *Droit des Sociétés*, 1958, n° 128.

(41) Com. 11 janv. 1960, *J. C. P.* 1960, II, 11 764, note Garaud, *Rev. arb.*, 1960, p. 44 ; *Rev. tr. dr. civ.* 1960, p. 347, obs. Hébraud.

avaient demandé au Président du Tribunal civil de désigner ceux-ci. Sur appel du référé, la Cour avait refusé de surseoir à statuer jusqu'à ce que soit jugée la contestation portant sur la validité de la société.

L'arrêt est cassé, au motif que « l'action engagée en vue de faire déclarer la nullité de la société mettait en cause la validité même de la clause compromissoire contenue dans les statuts.

§ 2. — *Analyse de la position de la Cour de cassation.*

330. — On a remarqué que l'arrêt du 6 octobre 1953 avait été rendu dans une affaire où pesait une présomption de fraude sur l'arbitre, du fait qu'il avait constitué la société et avait été longtemps le conseil d'une des parties (42). Le 14 octobre 1957, la nullité qui affectait la convention était d'ordre public (43), la Cour le note expressément ; le 11 janvier 1960, il s'agissait également de nullité de la société pour inexistence ou fictivité d'apports ; le 28 janvier 1958, l'incompétence des arbitres est justifiée par le caractère limité de la clause compromissoire (44).

331. — Mais, ainsi qu'un auteur l'a très justement dit, « il ne faut pas se faire d'illusions sur la portée théorique que l'on peut attacher à ces particularités » (45). Cela nous paraît d'autant plus exact qu'en présence des espèces assez variées sur lesquelles la Cour de cassation a statué, elle a adopté une attitude uniforme, reprenant la même affirmation de la « seule » compétence des tribunaux judiciaires à connaître des contestations sur la validité du contrat.

De plus, l'arrêt rendu par la Chambre civile le 7 mai 1963 (46) rejette un pourvoi en soulevant d'office ce moyen : « attendu qu'en matière d'arbitrage international l'accord compromissoire, qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles qui ne sont pas alléguées en la cause, une complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte ». Les commentateurs de l'arrêt (47) ont pertinemment remarqué que la solution pouvait se justifier soit par la référence à la loi étrangère, soit même par l'application de la loi française.

Or, la décision en fait une règle propre au droit international. On a sans doute raison de considérer la discrimination comme non fondée (48),

(42) Motulsky « Menace sur l'arbitrage : la prétendue incompétence des arbitres en cas de contestation sur l'existence ou la validité d'une clause compromissoire », J. C. P. 1954, I, 1 194 ; art. préc., J. C. P. 1957, I, 1 383 ; Hébraud, art. préc., 1952, p. 555.

(43) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1958, p. 660.

(44) Hébraud, obs. préc., p. 291.

(45) Hébraud, obs. préc., p. 660.

(46) Civ. 7 mai 1963, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1963, p. 615, note Motulsky ; D. 1963, p. 545, note Robert ; J. C. P. 1963, II, 13 405, note Goldman ; *Rev. tr. dr. civ.*, 1963, p. 780, obs. Hébraud ; *Rev. arb.*, 1963, p. 60 ; Clunet 1964, p. 82, note Bredin.

(47) Motulsky, Goldman, Hébraud, notes préc. sous l'arrêt.

(48) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1963, p. 780.

mais il semble bien que par elle, la Cour confirme son attitude en droit interne.

Au demeurant, nous ne croyons pas qu'une solution moyenne, inspirée de « considérations d'utilité pratique » que M. le Professeur Hébraud essaye de découvrir, sans grande conviction d'ailleurs (49), dans la jurisprudence de la Cour suprême, soit possible en ce domaine : l'option inévitable sur la nature de la compétence des arbitres qu'il impose, empêche au départ toute solution de compromis.

332. — Les juridictions inférieures sont loin d'avoir suivi la Cour de cassation.

Si l'on trouve, au lendemain de l'arrêt Courtieu, quelques décisions en son sens (50), la doctrine adverse se trouve fortement représentée, notamment par la Cour de Paris (51), qui s'est opposée à la juridiction suprême dans des attendus fortement motivés, et souvent repris depuis lors (52).

Devant une division aussi tranchée de la jurisprudence, il pourrait sembler que chaque position a pour elle des arguments efficaces. Nous allons voir qu'il n'en est rien ; l'attitude de la Cour de cassation ne repose que sur une confusion.

(49) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1958, p. 660.

(50) Amiens, 25 mars 1954, J. C. P. 1954, II, 8 372, note D. B. ; *Rev. tr. dr. civ.*, 1955, p. 161 ; Aix, 7 déc. 1954, D. 1955, p. 55 ; *Rev. arb.*, 1955, p. 31 ; G. P. 1955, I, p. 131 ; Aix, 23 janv. 1952, G. P. 1952, I, Tables, V° Arbitrage-arbitre, n° 10 ; Tr. civ. Saint-Brieuc, 12 fév. 1957, G. P. 1957, I, p. 332 ; Tr. civ. Seine, 7 juin 1956, préc. (infirmé par Paris, 22 janv. 1957).

(51) Paris, 28 mai 1952, G. P. 1952, 2, p. 93 ; J. C. P. 1952, II, 7 150, note D. B. ; *Rev. tr. dr. civ.*, 1952, p. 534, obs. Hébraud ; 22 janv. 1957, J. C. P. 1957, II, 10 165, note Motulsky ; D. 1957, p. 566, note Robert ; *Rev. arb.*, 1958, p. 134 ; *Rev. tr. dr. com.*, 1957, p. 942, obs. Boitard ; 22 mai 1958, *Rev. arb.*, 1958, p. 57 ; 12 mai 1959, *Rev. arb.*, 1959, p. 49 ; 8 mars 1960, D. 1960, Som., p. 72 ; J. C. P. 1962, II, 12 477 ; 14 juin 1962, *Rev. arb.*, 1962, p. 109 ; 21 mars 1963, *Rev. arb.*, 1963, p. 130 ; 21 fév. 1964, *Rev. arb.*, 1964, p. 55 ; *Rev. crit. dr. int. pr.* 1964, p. 543, note Mezger.

(52) Tr. com. Seine 22 mai 1951, G. P. 1951, 2, p. 184 ; Tr. civ. Seine, 17 oct. 1956, J. C. P. 1956, II, 9 647, note Motulsky ; Douai, 9 mars 1962, *Rev. arb.*, 1962, p. 51 ; *Rev. tr. dr. civ.*, 1962, p. 695 ; Tr. gr. inst. Corbeil-Essonnes, 24 janv. 1962, préc.

SECTION III

CRITIQUE DE LA POSITION DE LA COUR DE CASSATION

333. — L'unanimité est faite, actuellement, en doctrine (53) pour affirmer que les arbitres ont le pouvoir d'apprécier la validité de leur investiture. Seuls les anciens auteurs le contestent (54).

La solution apportée par la Cour de cassation ne peut qu'être désapprouvée. Elle entraîne des conséquences inadmissibles ; de plus, le problème trouve sa source dans la nature de l'arbitrage, plus précisément dans la nature du pouvoir des arbitres. Or, la Cour suprême n'adopte même pas une attitude uniforme, et elle est conduite à faire une distinction injustifiable entre l'investiture et la compétence des arbitres. Enfin, elle se heurte aux textes régissant la matière.

L'admission du principe que les arbitres sont juges de leur compétence seule paraît conforme à la fois à une bonne technique juridique, et à la nature de l'institution, lorsque l'on en détermine la portée exacte.

Nous tenterons de le démontrer en divisant notre étude de la façon suivante :

§ 1. — Les conséquences de la solution adoptée par la cour de cassation.

§ 2. — La nature du pouvoir des arbitres.

§ 3. — La distinction entre investiture et compétence.

§ 4. — La contradiction avec les textes.

§ 5. — La portée du principe que les arbitres sont juges de leur compétence.

(53) Cornu et Foyer, p. 66 ; Cuhe et Vincent, n° 620 ; Robert, *Traité*, n° 146 et ss. ; notes sous Com., 6 oct. 1953, S. 1954, I, p. 149 ; sous Paris, 22 janv. 1957, D. 1957, p. 566 ; Hébraud, art. préc. 1952, p. 552 ; obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1949, p. 445 ; 1951, p. 546 ; 1952, p. 535 ; 1954, pp. 141-142 ; 1958, pp. 290, 659 ; 1960, p. 347 ; 1962, p. 695 ; Motulsky « Le respect de la clause compromissoire », *Rev. arb.*, 1955, p. 13 ; art. préc., J. C. P. 1954, I, 1194 ; art. préc., J. C. P. 1957, I, 1383 ; notes sous Com. 22 fév. 1949, J. C. P. 1949, II, 4 899 ; sous Com. 11 oct. 1954, J.C.P., 1955, II, 8 665 ; sous Tr. civ. Seine 7 juin 1956, préc. ; sous Tr. civ. Seine 17 oct. 1956, préc. ; sous Paris, 22 janv. 1957, préc. ; Bastian, note sous Paris 28 mai 1952, J.C.P. 1952, II, 7 150 ; H. Sinay « Le problèmes d'unification de l'arbitrage », *Etudes de droit local, Annales de la Faculté de Droit et des Sciences politiques et économiques de Strasbourg*, Paris 1959, p. 31 ; Mezger « Orientation de la jurisprudence allemande en matière d'arbitrage », *Rev. arb.* 1957, p. 8 ; Motulsky et Bruns « Tendances et perspectives de l'arbitrage international », *Rev. int. dr. comp.* 1957, p. 717 ; Klein, Rapport au Congrès international de l'arbitrage (11-12-13 mai 1961), *Rev. arb.*, 1961, p. 72 ; Grech, *Précis de l'arbitrage commercial*, 1964, p. 19.

(54) Glasson, Tissier, Morel, T. V., n° 1 816 ; Garçonnet et César-Bru, T. VIII, n° 278 et ss. ; Morel « La clause compromissoire en matière commerciale, *Rev. crit. lég. et jurispr.*, 1926, p. 486, n° 36.

§ 1. — *Les conséquences de la solution adoptée par la Cour de cassation.*

Tous les auteurs ont mis l'accent sur la possibilité de manœuvres dilatoires qu'offre l'obligation de surseoir à statuer dès que l'une des parties met en cause la validité de la convention arbitrale ou du contrat qui la contient, du moins en droit interne (55) où la Cour de cassation a toujours admis, « comme un axiome », a-t-on pu écrire (56), que la nullité du contrat principal entraînait avec elle celle de la clause compromissoire ; l'auteur fait remarquer que les arrêts des 17 juillet 1951, 18 juin 1958 et 11 janvier 1960 (57) ont statué sur des nullités de forme ou de fond qui pouvaient parfaitement se limiter au pacte social. Il se présente là un moyen commode pour éluder l'arbitrage, car l'adversaire hésitera sans doute à retourner devant les arbitres une fois la juridiction officielle saisie.

La Cour de Paris, le 22 janvier 1957 (58), résume parfaitement l'opinion générale en considérant « que l'action en nullité préventive, exercée sans discernement devant la juridiction de droit commun, serait de nature à retirer toute portée certaine aux conventions d'arbitrage, et à les rendre illusoires ; qu'il suffirait désormais à la partie de mauvaise foi d'alléguer, même contre toute évidence, une semblable nullité pour paralyser la procédure à laquelle elle avait expressément accepté de se soumettre. »

334. — On a suggéré (59), devant les abus susceptibles d'être engendrés, que la doctrine de la Cour de cassation soit tempérée par le contrôle du caractère « sérieux » de la contestation, qui seul obligerait les arbitres à se dessaisir. La Chambre commerciale, le 17 juillet 1951 (60), avait effectivement approuvé l'arrêt déferé d'avoir rejeté l'exception d'incompétence tirée de l'existence d'une clause compromissoire et prononcé la nullité d'une société, car « il appartenait à la Cour d'appel de vérifier le caractère sérieux de la contestation soulevée ».

Nous croyons cependant la transposition difficile : si l'on refuse toute compétence aux arbitres pour statuer sur leur investiture, on voit mal comment les laisser juges, même provisoirement, du bien ou du mal fondé de la contestation portant sur leur compétence. Par ce biais, on reviendrait à la situation que la Cour de cassation veut précisément éliminer.

335. — Mais refuser aux arbitres le droit de statuer, même à titre provisoire, sur leur investiture entraîne une autre conséquence, plus grave encore, et sur laquelle personne, croyons-nous, ne s'est suffisamment pen-

(55) Voir l'influence de l'autonomie de la clause en droit international, *infra*, n° 351.

(56) Motulsky, note sous Civ. 7 mai 1963, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1963, p. 621 ; « L'internationalisation du droit français de l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1963, p. 110.

(57) Com. 17 juil. 1951, J. C. P. 1952, II, 7150, note D. B. ; 18 juin 1958, préc. ; 11 janv. 1960, préc.

(58) Paris, 22 janv. 1957, préc.

(59) Motulsky, art. préc., J. C. P., 1954, I, 1194, n° 15.

(60) Com. 17 juil. 1951, préc.

ché : la sentence rendue malgré l'existence d'une contestation sur la validité de la convention arbitrale doit être déclarée nulle, quand bien même cette contestation s'avérerait *a posteriori* dénuée de tout fondement. Il ne peut en être autrement, puisque la nullité de la sentence est la seule sanction possible du dépassement de pouvoirs des arbitres.

La Cour d'Aix, le 7 décembre 1954 (61), a effectivement admis cette conséquence, et prononcé l'annulation de la sentence, mais il est fort remarquable de constater que la seule fois où la Cour de cassation a été saisie du problème sous cet aspect, le 22 février 1949 (62), elle a précisément affirmé la compétence des arbitres à statuer sur la validité de la convention arbitrale.

§ 2. — *La nature du pouvoir des arbitres.*

336. — Le problème, nous l'avons dit, trouve sa source dans la nature de l'arbitrage : suivant que l'on accorde la prédominance à l'élément contractuel ou à l'élément juridictionnel, on aboutit à des solutions opposées.

La doctrine qui dénie tout pouvoir à l'arbitre pour se prononcer sur son investiture, met l'accent sur l'origine conventionnelle de celle-ci. Le 2 août 1842 (63), la Cour de cassation déclarait que « les tribunaux arbitraux ne recevant point de la loi et de l'autorité publique un caractère judiciaire général et permanent, mais étant spécialement créés pour certains cas particuliers, la question de savoir s'ils ont été réellement et légalement institués juges n'est point une simple question de compétence dont la décision puisse leur appartenir » (64).

Dans ses arrêts postérieurs, elle abandonne la distinction entre arbitrage et juridiction constituée, et reconnaît que les arbitres sont détenteurs d'une véritable compétence ; le 22 février 1949 (65), elle proclame qu'ils ont, comme toute juridiction, le pouvoir d'en vérifier l'existence.

337. — Cependant, si les décisions suivantes conservent plus ou moins implicitement cette affirmation, elles mettent en avant le contrat originnaire, faute duquel il n'y a plus de compétence, et même plus d'arbitre.

Le raisonnement qui justifie la position actuelle de la Cour de cassation, et que l'on retrouve, par exemple, dans les arrêts de la Cour de Lyon du 30 avril 1951, de celle d'Amiens du 25 mars 1954, de celle d'Aix du 7 décembre 1954, est fondé sur le fait que le pouvoir de juridiction des arbitres dépend de la solution qui sera donnée à la question de la validité ou de la nullité du contrat. On a affirmé en ce sens (66) qu'« ils ne peuvent se faire un titre à eux-mêmes, en se déclarant bien et dûment constitués, alors qu'une partie le conteste ». Affirmer le contraire cons-

(61) Aix, 7 déc. 1954, préc.

(62) Com. 22 fév. 1949, préc.

(63) Civ., 2 août 1842, préc.

(64) En ce sens, Glasson, Tissier, Morel, n° 1 816.

(65) Com. 22 fév. 1949, préc.

(66) Garçonnet et César-Bru, T. VIII, n° 278.

tituerait donc une pétition de principe. Cependant, nous croyons qu'à partir du moment où la Cour de cassation a admis que les arbitres détenaient une véritable compétence, elle a condamné implicitement sa thèse, puisque, de son propre aveu, le problème de l'appréciation de la validité de la convention arbitrale se ramène à un choix entre deux juridictions.

338. — Or, *a priori*, il n'y a aucune raison pour préférer l'une ou l'autre, car la validité de la convention conditionne la compétence de la juridiction arbitrale, mais sa nullité conditionne celle de la juridiction étatique (67).

M. le Professeur Hébraud cerne exactement la difficulté lorsqu'il écrit (68) : « dans le conflit qui s'institue entre les juridictions dont la vocation à connaître du litige est en discussion, il faut bien qu'à défaut d'une autorité supérieure l'une ou l'autre statue ».

On aperçoit dès l'abord la fragilité du seul argument sur lequel repose la doctrine de la Cour de cassation. Laisser les arbitres juges de la convention qui les institue et dont la nullité leur enlève cette qualité de juges, constitue peut-être une pétition de principe, mais qui se retrouve aussi dans l'hypothèse inverse. Selon les termes d'un auteur, « on aura illégalement privé un juge du droit de statuer sur ce qui, alors, ne peut plus être qu'une question de compétence » (69). C'est méconnaître le principe, maintes fois affirmé par la Cour suprême elle-même, que la convention arbitrale crée l'incompétence des Tribunaux judiciaires (70). La Chambre commerciale, le 6 octobre 1953 (71), ne répondit pas à ce moyen, et, le 14 octobre 1957 (72), déclara simplement que la clause compromissoire contenue dans les statuts... « ne pouvait entraîner aucun effet provisoire ».

339. — C'est évidemment illogique. Si la juridiction étatique doit refuser de statuer lorsqu'une des parties invoque l'existence d'une clause compromissoire, le fait que la validité de celle-ci soit contestée n'y change rien, car, en droit français, la nullité doit être judiciairement déclarée pour produire effet ; jusque-là, il ne peut en être tenu compte (73).

§ 3. — *La distinction entre investiture et compétence.*

La Cour de cassation, en déclarant que l'arbitre ne peut apprécier la validité de l'acte dont il tient ses pouvoirs, n'en tire cependant pas toutes les conséquences qui s'imposent, et contredit formellement sa propre

(67) En ce sens, Hébraud « L'arbitrage en droit français », *Annales de la Faculté de Droit de Toulouse*, 1954, pp. 24-29 ; art. préc. 1952, p. 554.

(68) Hébraud, art. préc. 1952, p. 554.

(69) Motulsky, art. préc., *J. C. P.* 1954, I, 1 194.

(70) Voir *supra*, n° 250, note 20.

(71) Com. 6 oct. 1953, préc.

(72) Com. 14 oct. 1957, préc.

(73) En ce sens, Motulsky, *ibidem*.

jurisprudence qui lui reconnaît compétence pour apprécier l'étendue de la convention arbitrale (74).

340. — On a tenté de justifier la discrimination entre investiture et compétence à partir de leur origine contractuelle. Dans un ouvrage classique (75), se trouve l'idée souvent reprise, que, dans le premier cas, « il s'agirait moins de la compétence des arbitres que de l'existence de leur juridiction, de la validité de leurs pouvoirs ».

Un argument d'analogie a été mis en avant pour soutenir cette distinction : les Tribunaux judiciaires peuvent interpréter les actes administratifs, mais doivent refuser d'en apprécier la légalité.

Le 7 juin 1956 (76), le Tribunal civil de la Seine fait sien ce raisonnement, mais, sur appel, la Cour de Paris, le 22 janvier 1957 (77), s'inspirant fortement des notes de M. le Professeur Motulsky (78), déclare : « aucune analogie ne peut être établie entre l'acte administratif qui crée arbitrairement une juridiction en lui conférant le pouvoir de rendre la justice au nom de la puissance publique, et le contrat de droit privé qui définit les pouvoirs des arbitres ».

C'est là l'expression même de la vérité ; l'opposition entre interprétation et existence permet seule de ne pas méconnaître le principe de la séparation des pouvoirs, en ce qui concerne les actes administratifs. Comme la loi, ceux-ci relèvent pour leur interprétation, des tribunaux de l'ordre judiciaire ; mais, « émanation de l'autorité administrative, ils ne peuvent, sans permission législative, être atteints dans leur substance par la décision d'un tribunal judiciaire » (79).

341. — Si l'argument d'analogie se révèle inopérant, on ne trouve pas davantage dans l'analyse de l'institution de l'arbitrage une explication possible de la discrimination établie. L'origine contractuelle de la saisine des arbitres, au contraire, la réduit à néant ; ces derniers n'ayant de pouvoir que dans la mesure où ils sont valablement saisis, en sont totalement dépourvus si on leur soumet un litige non prévu par le compromis, aussi bien que si ce dernier est nul, partiellement ou totalement.

D'ailleurs, l'article 1028 du Code de procédure civile ne fait, à juste titre, aucune distinction entre l'étendue de la convention arbitrale et son existence, puisqu'il sanctionne de la même façon le défaut, la nullité, l'absence du compromis et le fait de statuer hors le compromis (80). La distinction entre investiture et incompétence s'avère dénuée de tout fondement en ce qui concerne l'arbitre. Ainsi que le souligne à plusieurs

(74) Voir *supra*, n° 325, note 33.

(75) Glasson, Tissier, Morel, T. V., n° 1 816.

(76) Tr. civ. Seine, 7 juin 1956, préc.

(77) Paris, 22 janv. 1957, préc.

(78) Motulsky, notes sous Com. 22 fév. 1949 ; sous Tr. civ. Seine, 7 juin 1956, préc. ; art. préc., J. C. P. 1954, I, 1 194.

(79) Motulsky, art. préc. 1954.

(80) En ce sens, Motulsky, *ibidem*.

reprises un auteur (81), à la différence du juge officiel qui, s'il excède ses pouvoirs, reste cependant un juge, l'arbitre incompetent redevient un simple particulier, à qui l'investiture fait totalement défaut.

342. — Les anciens auteurs sont plus logiques qui refusent aux arbitres le droit de statuer sur leur investiture, et leur dénie également tout pouvoir pour trancher les contestations relatives à l'étendue ou à l'interprétation de la convention originaire, car « la juridiction des arbitres est strictement limitée aux litiges que les parties ont entendu lui soumettre » (82).

Quant à la position actuelle de la Cour de cassation, l'on ne peut que se ranger à l'avis d'un auteur, pour qui, dès que l'on reconnaît les arbitres juges de leur compétence, « on affirme donc, par là-même, qu'ils sont juges de la validité de leur investiture ; car, les deux découlant du même acte, œuvre des parties, on ne voit pas au nom de quel principe il serait permis de les traiter différemment » (83).

Ainsi, la doctrine de la Cour suprême porte en elle sa propre contradiction, non seulement en maintenant une discrimination rationnellement injustifiable, mais en proclamant cependant que les arbitres, comme toute juridiction, sont juges de leur compétence.

§ 4. — *La contradiction avec les textes.*

343. — Donner compétence exclusive aux Tribunaux judiciaires en la matière, aboutit à faire de la validité de la convention arbitrale une question préjudicielle. Certaines décisions adoptent d'ailleurs ce concept (84). Or, M. Motulsky a particulièrement mis l'accent sur ce point (85), les questions préjudicielles doivent être prévues par des textes exprès, ce qui n'est évidemment pas le cas.

344. — L'article 1028 du Code de procédure civile, qui permet d'annuler la sentence rendue sur compromis nul, expiré, ou en dehors des termes du compromis, reconnaît par là-même implicitement, que les arbitres « peuvent et doivent vérifier l'existence, la validité et l'étendue du compromis » (86).

Du fait que l'on ne peut renoncer à l'opposition à ordonnance d'exequatur — ce qui signifie qu'en la matière les Tribunaux ont un droit de contrôle intangible (87) — on a pu déduire au contraire de l'article 1028 la compétence exclusive de la juridiction étatique, car, « c'est ce

(81) Motulsky, *ibidem* ; art. préc. 1957 J. C. P. 1957, I, 1383 ; notes préc., J. C. P. 1956, II, 9460 ; 9447.

(82) Glasson, Tissier, Morel, T. V. n° 1816 ; Morel, art. préc. 1926, p. 486, n° 38.

(83) Motulsky, note préc., J. C. P., 1956, II, 9460.

(84) Lyon, 30 avr. 1951 ; Aix, 23 janv. 1952 ; 7 déc. 1954, préc. ; Tr. civ. Saint-Brieuc, 12 fév. 1957, G. P. 1957, I, p. 332.

(85) Motulsky, note préc., J. C. P. 1949, II, 4899 ; art. préc., J. C. P. 1954, I, 1194 et surtout art. préc., J. C. P. 1957, I, 1383.

(86) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1958, p. 660 ; en ce sens égal. Motulsky, art. préc., J. C. P. 1954, I, 1134.

(87) Voir *infra*, n° 441.

même principe qu'il faut appliquer, *mutatis mutandis*, en cas de clause compromissoire » (88), où la question se pose bien avant que la sentence ne soit rendue. La partie qui aurait pu demander la nullité du contrat devrait être considérée comme ayant renoncé à l'invoquer, par son acceptation à compromettre.

C'est cependant oublier un principe traditionnel : la renonciation, même tacite, ne peut être efficace que si elle intervient en connaissance de cause.

Le problème se pose peut-être plus souvent à propos de la clause compromissoire que du compromis, qui cerne davantage le litige, mais il est le même dans les deux cas.

Or, l'interprétation ci-dessus rapportée de l'article 1028 est difficile à admettre. L'action en nullité de la sentence, contrôle *a posteriori*, ne peut être à volonté transformée en action en nullité du contrat originaire ; son but n'est pas l'annulation du compromis ou de la clause compromissoire, mais bien celle de la sentence elle-même (89).

345. — Les deux objections que nous avons signalées ont été fortement mises en relief par la doctrine, mais ce ne sont pas là les seules critiques que soulève la position de la Cour de cassation. Celle-ci paraît insoutenable à d'autres points de vue.

Si les arbitres n'ont aucun pouvoir, « même provisoire » pour apprécier leur investiture, et s'ils doivent se dessaisir dès qu'elle est contestée, la sentence rendue au mépris de cette interdiction est nulle, encore que la contestation s'avère sans fondement, et qu'ils aient statué dans les limites d'un compromis parfaitement valable.

On crée ainsi une cause supplémentaire de nullité qui est exclue, *a contrario*, par l'article 1028 du Code de procédure civile et ne trouve son fondement dans aucun texte. Certes, la jurisprudence a pu, pendant une période, prononcer la nullité de la sentence rendue sur un compromis touchant à des questions d'ordre public, quoique sans le transgresser. Mais elle s'appuyait sur l'article 1004 du Code de procédure civile, qui, renvoyant à l'article 83 du même Code, était interprété comme édictant l'interdiction de compromettre sur des contestations sujettes à communication (90).

346. — C'est précisément la position actuelle de la Cour de cassation elle-même, quant à ce problème de l'influence de l'ordre public sur la validité de la convention arbitrale, qui porte le coup le plus décisif à la thèse de l'inaptitude des arbitres à statuer sur leur investiture.

De l'arrêt Tissot rendu le 29 novembre 1950 (91), il découle que les arbitres doivent apprécier si le contrat contenant la clause compromissoire d'où ils tirent leurs pouvoirs n'est pas atteint de nullité pour avoir

(88) Morel, art. préc., n° 38.

(89) Voir *infra*, n° 439.

(90) Voir *supra*, n°s 29 et ss. ; n° 35.

(91) Com. 29 nov. 1950, *Bull. civ.*, p. 235, n° 355 ; D. 1951, p. 170 ; S. 1951, p. 120, note Robert ; G. P. 1951, 1, p. 80.

été passé en violation de l'ordre public, et dans la négative, ils restent valablement saisis. Ce n'est que dans l'affirmative qu'ils doivent refuser de statuer (92). On en arrive à une situation paradoxale : les arbitres seraient totalement incompétents à l'effet d'examiner la validité de la convention originaire, mais leur compétence renaîtrait, comme par miracle, lorsque la nullité serait due à une infraction à l'ordre public.

§ 5. — *Portée du principe que les arbitres sont juges de leur compétence.*

347. — Pour expliquer la logique du système qui réserve à l'arbitre le droit de statuer sur son investiture, il faut rappeler les données du problème. Si l'on admet, ce que la Cour de cassation reconnaît elle-même, que l'on se trouve en présence de deux juridictions, la compétence de chacune d'elles dépend également — mais en sens inverse — de la validité ou de la nullité de la convention d'arbitrage. Choisir entre les deux apparaît parfaitement arbitraire, car on ne voit pas pourquoi réserver à l'une d'elles le pouvoir de statuer et sur sa propre compétence, et sur celle de l'autre juridiction. Or, là résident la faiblesse de la position de la Cour de cassation, et l'écueil qui fait refuser l'attribution à l'arbitre du contrôle de son investiture.

348. — Les partisans convaincus de la nécessité, logique et pratique, d'admettre le pouvoir des arbitres pour statuer sur l'existence aussi bien que sur l'étendue du compromis, n'ont jamais soutenu, et pour cause, que cette compétence serait exclusive.

L'action en nullité de la convention arbitrale ne peut être portée que devant les tribunaux judiciaires, dont la compétence s'impose d'ailleurs s'il s'agit d'une action principale en nullité du contrat (93). Mais de plus, on ne pourrait saisir les arbitres, en application de cette convention ; sinon, ainsi que le remarque un auteur (94), le demandeur affirmerait par là « implicitement, mais nécessairement, la validité d'une convention dont il entend précisément faire constater ou prononcer la nullité ».

349. — Deux situations peuvent se présenter : la contestation peut s'élever soit devant les tribunaux judiciaires, soit devant les arbitres.

— L'action en nullité pendante devant la juridiction étatique ne doit ni obliger les arbitres à surseoir à statuer, ni empêcher les parties de s'adresser à justice pour faire constituer le Tribunal arbitral, car tant que la nullité n'est pas constatée, la compétence des arbitres, et l'incompétence des tribunaux judiciaires, demeurent (95).

— Si la validité du contrat, dont ils tirent leurs pouvoirs, est mise en cause devant les arbitres, ceux-ci, en tant que juridiction, sont habiles

(92) Voir *supra*, n^{os} 38 et ss.

(93) Voir *supra*, n^{os} 316 et ss.

(94) Mezger « Orientation de la jurisprudence allemande en matière d'arbitrage, *Rev. arb.*, 1957, p. 8.

(95) En ce sens Motulsky, art. préc., *J. C. P.* 1954, I, 1194.

à statuer sur leur compétence. La nullité de la convention doit les obliger à se dessaisir (96) ; ils doivent, non pas rendre une décision d'incompétence, qui n'aurait aucune valeur, puisqu'il ne pourrait s'agir que d'un acte émanant de simples particuliers, mais refuser de juger. Sans doute, il faut bien que ce refus puisse être constaté pour permettre aux parties de porter l'affaire devant les juridictions étatiques, mais la « sentence » par laquelle ils se déclarent incompétents n'en aura que le nom.

Lorsque les arbitres estiment la contestation non fondée, la sentence rendue ne le sera, évidemment, qu'à titre provisoire, sous réserve du contrôle ultérieur des tribunaux judiciaires, par la procédure de l'opposition à ordonnance d'exequatur, à laquelle on ne peut renoncer (97). L'arrêt Caulliez (98), qui a admis la compétence des arbitres pour statuer sur leur investiture, comme l'avaient fait, du reste, les décisions rendues alors que seule l'étendue de la convention arbitrale était en discussion, insiste sur ce point. Il reste toujours au plaideur mécontent le droit de former opposition à l'ordonnance d'exequatur s'il estime que le jugement a été rendu sans compromis ou hors des termes du compromis. On se rend compte alors du peu de danger qu'il y a à confier aux arbitres le droit de statuer sur leur investiture : leur décision ne peut être que provisoire.

350. — Au demeurant, s'il est vrai qu'une erreur de leur part peut aboutir à des conséquences regrettables, car la sentence indûment rendue risque d'être assortie de l'exécution provisoire et de causer un mal irréparable avant son annulation (99), il faut remarquer, avec un auteur (100), que le juge doit refuser l'exequatur s'il constate que les arbitres ont dépassé les limites assignées dans le compromis (101).

De plus, on s'accorde à reconnaître (102) que l'éventualité d'une fraude — qui n'est certes pas une hypothèse d'école, et se retrouve dans les espèces sur lesquelles a statué la Cour de cassation le 2 août 1842 et le 6 octobre 1953 (103) — doit, en application de la règle « *fraus omnia corrumpit* », éviter le jeu des règles normales et permettre de saisir les tribunaux officiels pour établir les manœuvres illégales, et réduire à néant les effets de la convention arbitrale.

Admettre la compétence concurrente des arbitres et du tribunal étatique, c'est éviter un choix impossible entre deux juridictions, et c'est aussi sauvegarder l'institution de l'arbitrage, que la position actuelle de la Cour de cassation risque de paralyser.

(96) En ce sens, Klein, Rapport au Congrès international des 11-12 et 13 mai 1961, *Rev. arb.*, 1961, p. 57.

(97) Voir *infra*, n° 441.

(98) Com. 22 fév. 1949, préc.

(99) Voir Motulsky, note préc., J. C. P., 1949, II, 4 899

(100) Motulsky, art. préc., J. C. P. 1954, I, 1 194.

(101) Soc. 30 juill. 1952, D. 1952, p. 724. Voir *infra*, n° 472.

(102) Hébraud, art. préc. 1952, p. 555 ; Motulsky, art. préc., J. C. P. 1954, I, 1 194, n° 15.

(103) Civ. 2 août 1842 ; Com. 6 oct. 1953, préc.

SECTION IV

LE POUVOIR DES ARBITRES POUR STATUER SUR LEUR
INVESTITURE ET LE DROIT INTERNATIONAL

351. — Si le refus de reconnaître le pouvoir des arbitres pour statuer sur leur investiture apparaît néfaste sur le plan du droit interne, il se révèle catastrophique au regard du droit international, dont les exigences sont encore plus pressantes, étant donné l'importance que l'arbitrage y revêt (104). La France est d'ailleurs l'un des rares pays à adopter une attitude aussi hostile (105), dont on peut craindre qu'elle suscite un sentiment de méfiance chez d'éventuels cocontractants étrangers. Il est remarquable que le règlement de la Chambre de commerce internationale, dans son article 13, donne expressément pouvoir à l'arbitre de vérifier son investiture.

La Cour de cassation, tout en maintenant sa position en droit interne, a dû reconnaître, sur le plan international, la compétence des arbitres pour statuer sur la validité du contrat principal, compétence que les Conventions internationales admettent sans restriction. Ce sont là deux aspects de la question que nous étudierons dans deux paragraphes :

§ 1. — La jurisprudence française.

§ 2. — Les conventions internationales.

§ 1. — *La jurisprudence française.*

352. — Le problème s'est posé devant la Cour de Paris, le 22 janvier 1957 (106), mais elle ne l'a pas envisagé sous l'angle du droit international privé, car elle a admis le pouvoir des arbitres en droit interne. Dans ses conclusions, M. l'Avocat général Desangles (107) proposait à la Cour de considérer au moins que l'interdiction faite aux arbitres de statuer sur leur investiture n'était pas d'ordre public international.

La Cour de cassation n'avait jamais eu à statuer en matière internationale jusqu'à son arrêt du 7 mai 1963 (108). En l'espèce, la cause de nullité visait le contrat principal, une vente franco-italienne de céréales

(104) Voir Kopelmanas « Quelques problèmes récents de l'arbitrage international », *Rev. tr. dr. com.* 1957, p. 801, p. 897.

(105) L'Italie, les Pays-Bas, l'Allemagne, l'Angleterre, l'Etat de New York et certains cantons suisses reconnaissent le droit des arbitres à statuer sur leur investiture : Voir sur l'état de la question dans les différents pays, Klein, Rapport au Congrès international de l'arbitrage des 11-12 et 13 mai 1961, *Rev. arb.*, 1961, pp. 52 et ss. ; « Arbitrage commercial international », rapporteur P. Sanders, 1960.

(106) Paris, 22 janv. 1957, préc.

(107) Concl. Desangles, sous l'arrêt, J. C. P. 1957, II, 10 165.

(108) Civ. 7 mai 1963, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1963, p. 615, note Motulsky ; D. 1963, p. 545, note Robert ; J. C. P. 1963, II, 13 405, note Goldman ; *Rev. tr. dr. civ.* 1963, p. 780, note Hébraud ; *Rev. arb.*, 1963, p. 60 ; Clunet 1964, p. 82, note Bredin.

dont l'exécution avait été rendue impossible par une interdiction d'exportation.

La Cour, par un motif suppléé d'office et qu'elle qualifie de pur droit, déclare que l'accord compromissoire « présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles qui ne sont pas alléguées en la cause, une complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte ».

Cet attendu répond aux vœux d'une grande partie de la doctrine, qui y voit notamment un palliatif au refus du pouvoir des arbitres à statuer sur leur investiture en droit interne (109).

353. — Il est vrai que la solution donnée par l'arrêt limite de façon importante le domaine de l'interdiction, du moins en droit international.

En effet, elle implique la reconnaissance de la compétence des arbitres toutes les fois que la contestation de validité vise seulement le contrat principal, « à moins de circonstances exceptionnelles ».

Or, ainsi qu'on l'a remarqué (110), le domaine de celles-ci paraît devoir demeurer bien restreint. Il est concevable, certes, que les parties entendent lier le sort de la clause à celui du contrat principal (111), mais ce cas semble devoir être plutôt rare, « car on voit mal les parties conférer à la clause compromissoire un caractère pratiquement potestatif » (112).

354. — Lorsque l'ensemble est attaqué pour vices du consentement, il n'est pas évident, comme on l'a supposé (113), que la présomption s'efface automatiquement. Si la loi applicable au contrat principal et celle qui régit la clause compromissoire sont différentes — hypothèse rendue possible par l'autonomie de rattachement que suppose l'arrêt (114) — il se peut fort bien que l'une ou l'autre des conventions reste valable (115).

En tout cas, et le terme même de circonstances « exceptionnelles » semble bien l'impliquer, les arbitres doivent être habilités à apprécier provisoirement la dépendance de la clause si elle est alléguée. Ce serait autrement, ainsi que le dit un des commentateurs de l'arrêt (116), « priver la présomption de toute portée réelle ».

(109) Concl. Desangles, préc. ; Motulsky, note préc. sous l'arrêt ; note sous Tr. civ. Seine, 7 juin 1956, J. C. P. 1956, II, 9 460 ; Mezger, note sous Orléans, 15 mai 1961, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1961, p. 779 ; note anonyme sous Cass. 28 janv. 1958, *Rev. arb.*, 1958, p. 18 ; Klein « La Convention européenne sur l'arbitrage international », *Rev. crit. dr. int. pr.* 1962, p. 621 ; « Du caractère autonome et procédural de la clause compromissoire », rapport au Congrès international de l'arbitrage des 11-13 mai 1961, *Rev. arb.*, 1961, p. 48 ; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1961, p. 499.

(110) Goldman, note sous l'arrêt, J. C. P. 1963, II, 13 405.

(111) Klein, rap. préc., *Rev. arb.*, 1961, p. 51 ; Motulsky, note préc. 1963, p. 628 ; Voir également Forssius « L'indépendance de la clause compromissoire en droit suédois », *Rev. arb.*, 1955, p. 16.

(112) Goldman, *ibidem*.

(113) Motulsky, *ibidem* ; voir également note D. B. sous Com. 17 juil. 1951, J. C. P. 1952, II, 7 150.

(114) Voir *supra*, n^{os} 149 et ss.

(115) En ce sens Klein, rapport préc., p. 51 ; voir également sur cette hypothèse des vices du consentement, Goldman, note préc.

(116) Motulsky, note préc.

En matière internationale, seules les contestations directement relatives à la validité de la clause compromissoire restent soustraites, dans l'optique de la Cour de cassation, à la compétence des arbitres.

355. — L'indépendance de la clause compromissoire par rapport au contrat principal s'impose sans doute avec plus de force en matière internationale qu'en droit interne, car la plupart des pays l'admettent (117) et les Conventions de New York et de Genève (118) lui sont favorables.

De plus, comme on l'a souligné, il s'agit non plus de substituer des juges choisis aux juges étatiques, mais « surtout, d'échapper à l'emprise nationale au profit d'un règlement international » (119), car l'arbitrage, en ce domaine, supplée à l'absence de juridiction.

Il faut encore ajouter que l'autonomie de la clause compromissoire en droit international a pour conséquence, à côté de l'indépendance matérielle, une indépendance de rattachement qui paraît peut-être plus nécessaire encore (120).

356. — Mais il reste que l'analyse, de ce point de vue, de la clause compromissoire est aussi valable en droit interne. Il est également vrai que, loin d'apparaître comme accessoire, elle « prend une importance essentielle au premier désaccord, au point que l'ensemble des relations entre les parties dépendra, en définitive, de l'application qui en sera faite » (121) ; vrai aussi que « le contrat constitue l'objet de la convention et que celle-ci se place donc, logiquement, à l'extérieur » (122). Et s'il paraît logique de justifier cette indépendance en disant que « la clause compromissoire contient en germe un mécanisme dont la mise en œuvre déborde aussitôt le plan contractuel (123), on est conduit à penser avec un auteur (124) que l'affirmation de cette autonomie dans le seul domaine international est « dénuée de toute justification ».

La Cour de cassation a fait ainsi une concession à peu près gratuite à la thèse de l'autonomie « absolue » de la volonté (125), affaiblissant encore par là-même sa position en droit interne. On peut cependant espérer qu'elle sera conduite à réviser sa jurisprudence en ce domaine (126).

§ 2. — *Les Conventions internationales.*

(117) Voir Klein, rapport préc. *Rev. arb.*, 1961, p. 52, p. 55 ; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1961, p. 507, p. 513.

(118) Convention de New York, 1958, art. 2, § 3 ; Convention de Genève, 1961, art. 5 et 6.

(119) Motulsky « L'internationalisation du droit français de l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1963, p. 115.

(120) Voir *supra*, n° 150.

(121) Klein, rapport préc., *Rev. arb.*, 1961, p. 49.

(122) Motulsky, note préc., 1963, p. 620.

(123) Klein, *ibidem*.

(124) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1963, p. 785 ; dans le même sens, Bredin, note préc., *Clunet*, 1964, p. 89.

(125) Voir *supra*, n°s 159 et ss. ; n° 165.

(126) Voir Robert, note sous l'arrêt, *D.* 1963, p. 547 ; Motulsky, art. préc., *Rev. arb.*, 1963, p. 116 ; Bredin, note préc.

357. — L'article 2 alinéa 3 de la Convention de New York du 10 juin 1958, fait une obligation au tribunal judiciaire d'accueillir l'exception tirée de l'existence d'une convention arbitrale « à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante, ou non susceptible d'être appliquée ».

La Convention de Genève du 21 avril 1961 va beaucoup plus loin, et, de l'avis de l'un de ses commentateurs, réalise sur ce point une ingérence sérieuse dans les législations nationales (127). Les articles 5 et 6 s'occupent minutieusement de la compétence des arbitres et des tribunaux judiciaires. Non seulement l'arbitre peut statuer sur sa propre compétence, mais si les parties veulent la contester, elles doivent le faire, au plus tard, au moment d'engager le débat sur le fond, ou, lorsqu'il est simplement prétendu qu'une question excède le pouvoir de la juridiction, dès que cette question est abordée. Les arbitres peuvent rejeter toute exception tardive, sauf s'ils estiment le retard justifié ou s'il s'agit d'un élément à retenir d'office.

Cette compétence n'est pas exclusive, et ils ne statuent que sous réserve des contrôles judiciaires ultérieurs prévus par la loi du for.

358. — Dans son désir d'éviter les atermoiements dûs aux incidents de compétence, la Convention de Genève institue un système rigoureux ; le déclinatoire doit être, en quelque sorte, soulevé *in limine litis*, et, s'il s'agit d'une exception laissée « à la faculté des parties en vertu de la loi déterminée par la règle de conflit du tribunal judiciaire saisi du fond ou de l'exécution de la sentence », elle ne pourra même pas être invoquée ultérieurement, au cours de la procédure de contrôle devant les juridictions étatiques. Compte tenu de l'origine conventionnelle de l'arbitrage, cette forclusion ne peut avoir qu'une signification : faute de soulever à temps l'incompétence de l'arbitre, les parties seront présumées y avoir renoncé, toutes les fois que cette renonciation est possible. L'objet du litige est susceptible de se trouver élargi par le simple jeu d'une exception tardive. Sur ce point, les règles diffèrent profondément de celles du droit interne où il faut, pour ce faire, un compromis additionnel, passé, en principe, par écrit (128).

Le système adopté par la Convention de Genève, seul conforme à celui préconisé par la majorité de la doctrine et adopté par la plupart des pays, risque fort de devoir être appliqué, tôt ou tard, par la Cour de cassation française. La disparité qui en résultera entre le droit interne et le droit international conventionnel exercera sans doute une pression assez forte pour amener la Juridiction suprême à ce revirement tant souhaité, et que n'ont pu provoquer, jusqu'à présent, les arguments les plus convaincants (129).

(127) Klein, art. préc., *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1962, p. 621.

(128) Voir *supra*, n° 294 ; *infra*, n°s 386 et ss.

(129) Voir Robert « La Convention européenne sur l'arbitrage commercial international signée à Genève le 21 avril 1961 », D. 1961, chr., pp. 173-179.

CHAPITRE II

LA CLAUSE COMPROMISSOIRE INSEREE DANS UN ACTE MIXTE

359. — Depuis l'arrêt *Prunier* rendu par la Chambre civile le 10 juillet 1843 (1), la nullité de la clause compromissoire a été érigée en principe ; la prohibition se limite d'ailleurs au droit interne, et la validité de la clause insérée dans un contrat international n'a jamais été contestée (2).

La loi du 31 décembre 1925 a apporté l'exception la plus notable à cette interdiction en autorisant la soumission anticipée à l'arbitrage pour les contestations prévues à l'article 631 du Code de commerce, auquel elle a ajouté simplement un alinéa supplémentaire.

La clause compromissoire, permise lorsqu'elle est insérée dans un acte de commerce, ne l'est évidemment pas pour tous les litiges qui relèvent de la juridiction consulaire ; la faillite, trop empreinte de la notion d'ordre public, et les actions visées par les articles 634 et 637 du Code de commerce restent en dehors de son domaine (3).

La question la plus délicate, quant au champ d'application de la loi est certainement celle que pose l'acte mixte, c'est-à-dire celui qui, suivant la définition traditionnelle, est commercial pour l'une des parties et civil pour l'autre.

360. — Devant le silence du législateur, la jurisprudence a opté unanimement pour la nullité de la clause contenue dans un tel acte mais se montre en revanche assez divisée sur la nature de cette nullité. L'enjeu est important : s'il s'agit d'une nullité relative, seul le non commerçant pourra s'en prévaloir, alors que la nullité absolue pourra être invoquée par les deux parties. C'est sous cette forme d'ailleurs que le problème doit être posé. Nullité relative et nullité absolue sont des catégories trop rigides, qui ne correspondent guère qu'à une approxi-

(1) Civ. 10 juil. 1843, S. 1843, p. 561, *Concl. Hello* ; D. 1843, 1, p. 434.

(2) Voir *supra*, n° 84, note 5.

(3) Sur le champ d'application de la loi du 31 décembre 1925, *Classon*, *Tissier*, *Morel*, T. V, n° 1814 ; *Robert*, n° 93 et ss. ; *Morel*, art. préc. 1926, p. 486, n° 13 et ss. ; *Hébraud*, art. préc. 1952, p. 549.

mation de la réalité, opérée à partir du régime applicable, et dont les inconvénients se manifestent particulièrement dans la recherche qui nous occupe. Nous garderons cependant ces termes pour la facilité de l'exposé.

La nullité relative semble avoir les faveurs de la majorité de la doctrine et d'une fraction importante de la jurisprudence. Nous croyons, pour notre part, les arguments mis en avant moins convaincants qu'ils ne paraissent. Si l'on admet la nullité de la clause compromissoire insérée dans un acte mixte, il nous semble préférable, en théorie comme en pratique, de permettre à chaque partie de l'invoquer. Mais la solution la plus rationnelle serait, d'après nous, la validité. C'est ce que nous essayerons de montrer en présentant successivement :

Section 1. — Les hésitations jurisprudentielles.

Section 2. — La doctrine favorable à la nullité relative.

Section 3. — La supériorité de la thèse de la nullité absolue.

Section 4. — La défense de la thèse de la validité de la clause compromissoire insérée dans un acte mixte.

SECTION I

LES HESITATIONS JURISPRUDENTIELLES

361. — La tendance la plus récente en jurisprudence, encore qu'elle soit assez peu marquée, semble être favorable à l'admission de la nullité absolue ; jusqu'à l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 2 décembre 1964 (4), qui opte résolument pour celle-ci, on notait au sein d'une même juridiction, des retours inattendus.

La Cour de Paris, après avoir le 29 octobre 1937 (5) ouvert l'action en nullité au seul non-commerçant, opère un premier revirement le 11 juin 1947 (6). Statuant sur l'appel d'un jugement du Tribunal civil de la Seine du 1^{er} avril 1946, qui avait attribué à la nullité de la clause un caractère d'ordre public, elle repousse cette qualification, mais confirme la décision en ce que « cette nullité doit être néanmoins prononcée lorsqu'une partie l'invoque ».

Mais le 29 juin 1956 (7), alors qu'elle considérait la clause litigieuse insérée dans le contrat principal de louage d'ouvrage comme passée entre deux commerçants, la Cour tient cependant à prendre parti

(4) Com., 2 déc. 1964, J.C.P. 1965, II, 14 041, note P.L.

(5) Paris, 29 oct. 1937, J.C.P. 1937, II, 449 ; D. H. 1938, p. 25.

(6) Paris, 11 juin 1947, J.C.P. 1947, II, 3 840, note Gignoux ; S. 1942, 2, p. 57, note Solus ; G.P. 1947, 2, p. 45.

(7) Paris, 29 juin 1956, J.C.P. 1956, II, 9 524, note Motulsky ; G.P. 1956, 2, p. 258 ; Rev. arb., 1956, p. 98 ; Rev. tr. dr. com., 1957, p. 91, obs. Jauffret.

dans la controverse. Dans un acte mixte, la clause compromissoire, « en tout cas valable au regard de la partie pour laquelle la convention a le caractère commercial, peut être arguée d'invalidité par l'autre partie si elle juge à propos de soulever cette nullité purement relative, établie dans son seul intérêt ».

L'arrêt rendu le 17 décembre 1957 (8), et dont un commentateur a dit (9) à juste titre qu'il a toute l'allure d'une décision de principe, rejoint celui du 11 juin 1947, et de la même façon, déduit de l'interprétation nécessairement restrictive de la loi du 31 décembre 1925, la nullité absolue de la clause compromissoire insérée dans un acte mixte, non prévu par l'article 631 du Code de commerce. Une telle clause tombe « dans la prohibition générale et absolue de l'article 1006 du Code de procédure civile » (10).

362. — Les juridictions autres que la Cour de cassation et la Cour de Paris sont partagées sur le caractère de la nullité.

Le Tribunal civil de Bourg, le 25 novembre 1930 (11), se prononce en faveur de la nullité absolue ; le Tribunal de commerce de Lyon, le 22 mars 1951 (12), la déclare même d'ordre public.

On trouve en revanche l'affirmation de la nullité relative dans des arrêts de la Cour d'Alger, du 6 juillet 1932, et de la Cour de Lyon, du 11 février 1952, ainsi que dans un jugement du Tribunal de commerce de la Seine du 13 septembre 1945 (13).

Le Tribunal civil de la Seine, après avoir pris parti pour la nullité absolue par un jugement du 1^{er} avril 1946 (14) — désavoué en appel par la Cour de Paris, le 11 juin 1947 (15), mais seulement en ce qu'il attribuait à cette nullité un caractère d'ordre public — maintient sa position le 7 juin 1956, puis, le 1^{er} juillet 1957, déclare que la clause compromissoire est obligatoire pour la partie commerçante (16).

Parmi les décisions les plus récentes, un jugement rendu par le Tribunal de grande instance de Lille, le 10 février 1960 (17), opte pour la nullité relative, mais la nullité absolue ressort d'un jugement du Tribunal civil de Pontoise en date du 18 juillet 1956, et d'arrêts des

(8) Paris, 17 déc. 1957, J.C.P. 1958, II, 10 778, note Motulsky.

(9) Motulsky, note sous l'arrêt, *ibidem*.

(10) Voir *supra*, n° 19, *infra*, n° 364 et ss.

(11) Bourg, 25 nov. 1930, *La loi*, 16 janv. 1931 ; G.P., Tables 1930-1935, v° *Arbitrage*, n° 26.

(12) Tr. com. Lyon, 22 mars 1951, D. 1951, p. 412.

(13) Alger, 6 juil. 1932, G.P. 1932, 2, p. 719 ; Lyon, 11 fév. 1952, D. 1952, p. 222 ; Tr. com. Seine, 13 sept. 1945, G.P. 1946, 1, p. 90.

(14) Tr. civ. Seine, 1^{er} avr. 1946, D. 1946, p. 353 ; G.P. 1946, 2, p. 32.

(15) Paris, 11 juin 1947, préc.

(16) Tr. civ. Seine, 7 juin 1956, J.C.P. 1956, II, 9 460, note Motulsky ; 1^{er} juil. 1957, G.P. 1957, 1, p. 85 ; *Rev. tr. dr. com.*, 1958, p. 330, obs. Boitard.

(17) Tr. gr. inst. Lille, 10 fév. 1960, G.P. 1960, 1, Tables, v° *Arbitrage*, n° 1.

Cours de Lyon du 12 mai 1958, d'Amiens du 17 février 1960 et de Bordeaux du 20 décembre 1960 (18).

Il semble donc que la jurisprudence s'oriente vers la nullité absolue de la clause compromissoire insérée dans un acte mixte, bien que les décisions des juridictions inférieures soient trop contradictoires pour être réellement révélatrices de leur position.

SECTION II

LA DOCTRINE FAVORABLE A LA NULLITE RELATIVE

363. — Les partisans de la nullité relative sont de loin les plus nombreux (19), sans être d'ailleurs tous aussi convaincus (20). Leur raisonnement se présente sous deux aspects. Ils avancent un certain nombre d'arguments en faveur de la nullité relative, et contestent l'interprétation fournie par certains arrêts favorables à la nullité absolue de la clause compromissoire en matière civile.

Nous examinerons donc successivement :

§ 1. — Les arguments proposés.

§ 2. — L'analyse de l'interdiction de la clause compromissoire en matière civile.

§ 1. — *Les arguments proposés.*

On fait observer, tout d'abord, que la nullité de la clause compromissoire demeure, en matière civile, purement relative, et susceptible d'être couverte par une exécution volontaire. La jurisprudence est cons-

(18) Tr. civ. Pontoise, 18 juil. 1956, G.P. 1956, 2, p. 237 ; D. 1956, som. p. 169 ; *Rev. tr. dr. com.*, 1957, p. 91, obs. Jauffret ; Lyon, 12 mai 1958, *Rev. arb.*, 1956, p. 96 ; Amiens, 17 fév. 1960, G.P. 1960, 2, p. 18 ; Bordeaux, 20 déc. 1960, D. 1961, p. 225, note G.L.S. ; S. 1961, p. 216, note Prévault ; G.P. 1961, 1, p. 114 ; *Rev. arb.*, 1961, p. 15.

(19) Glasson, Tissier, Morel, T. V, n° 1814 ; Cornu et Foyer, p. 67 ; Hamel et Lagarde, *Tr. dr. com.* T. I, n° 71, p. 87 ; Robert, n° 104 ; Morel, art. préc., n° 16 et n° 29 ; Jauffret, obs. *Rev. tr. dr. com.*, 1948, p. 56 ; 1952, p. 300, 1957, p. 91 ; *Rep. dr. com. Dalloz*, V° Actes de commerce, n° 513 ; Boitard, obs. *Rev. tr. dr. com.*, 1958, p. 330 ; Hébraud, art. préc. 1952, p. 551 ; obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1952, p. 260 ; 1958, p. 662 ; Motulsky, notes sous Tr. civ. Seine, 7 juin 1956, J.C.P. 1956, II, 9460 ; sous Paris, 29 juin 1956, J.C.P. 1956, II, 9525 ; sous Paris, 17 déc. 1957, J.C.P. 1957, II, 10778 ; Prévault, note sous Bordeaux, 20 déc. 1960, S. 1961, p. 216 ; Grech, *Précis de l'arbitrage commercial*, 1964, p. 20 ; Contra : Ripert, *Traité élém. dr. com.*, 3^e éd., n° 337 ; note G.L.S. sous Bordeaux, 20 déc. 1960, D. 1961, p. 225.

(20) Voir spécialement Vizios, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1947, p. 454, et Hébraud, art. et obs. préc.

tante sur ce point (21). Un auteur se demande alors comment cette nullité « qui est relative, lorsque les deux parties sont des civils pourrait devenir absolue du fait que cette qualité appartient seulement à l'une d'elles » (22).

Ensuite, on insiste sur le fait que l'interdiction de la clause compromissoire en matière civile est destinée à protéger les non-commerçants contre les engagements qu'ils risqueraient de prendre sans en réaliser toute l'étendue ; une telle protection est inutile pour les commerçants, généralement aptes à défendre leurs intérêts, et considérés comme tels en tout cas par la loi de 1925 (23). Dès lors, il y aurait une absurdité totale à admettre que le commerçant, lié par la clause contractée avec un de ses pairs, ne le fait plus en face d'une personne que la loi a entendu protéger contre lui (24). Cette attitude serait une prime à la mauvaise foi (25).

Enfin, en matière d'acte mixte, la jurisprudence applique, en ce qui concerne la compétence, une règle distributive ; le commerçant peut assigner le non-commerçant devant le Tribunal civil exclusivement, alors que le non-commerçant bénéficie d'une option entre le Tribunal civil et le Tribunal de commerce (26). C'est pourquoi, certains suggèrent même de transposer la solution et de l'appliquer à la clause compromissoire (27).

§ 2. — *L'analyse de l'interdiction de la clause compromissoire en matière civile.*

364. — La base de la théorie de la nullité relative se trouve dans l'analyse de l'interdiction de la clause compromissoire, que lève d'une façon limitée la loi du 31 décembre 1925.

Les arrêts proclamant la nullité absolue de la clause insérée dans un acte mixte offrent tous le même raisonnement (28). Ce texte est

(21) Civ. 26 juil. 1893, D.P. 1894, 1, p. 61 ; S. 1894, 1, p. 215 ; Req. 21 juin 1904, S. 1906, 1, p. 22 ; D. 1906, 1, p. 395 ; Req. 8 déc. 1914, D.P. 1916, 1, p. 84 ; Clunet, 1916, p. 1218 ; 8 janv. 1924, S. 1924, 1, p. 245 ; 4 juin 1934, G.P. 1934, 2, p. 202 ; Req. 13 janv. 1947, S. 1947, 1, p. 77 ; J.C.P. 947, IV, p. 41 ; Paris, 25 fév. 1947, J.C.P. 1947, IV, éd. *Avoués*, n° 781 ; 19 déc. 1957, D. 1958, p. 230, note Bredin ; Montpellier, 29 sept. 1959, J.C.P. 1960, II, 11401.

(22) Motulsky, note préc. sous Paris, 17 déc. 1957.

(23) Morel art. préc., n° 16 ; Motulsky, notes préc.

(24) En ce sens, Motulsky, notes préc. sous Paris 29 juin 1956, et sous Paris 17 déc. 1957 ; Boitard, obs. *Rev. tr. dr. com.*, 1958, p. 330 ; note anonyme sous Lyon, 12 mai 1958, *Rev. arb.* 1958, p. 96.

(25) Prévault, note préc. sous Bordeaux, 20 déc. 1960.

(26) Hamel et Lagarde, T. I, n° 186 ; Escarra et Rault, T. I, n° 97 ; Escarra, n° 100 ; Ripert, n° 290 ; Cuhe et Vincent, n° 217 ; Giverdon, *Rep. proc. civ. et com.*, v° *Compétence commerciale* ; Civ. 8 mai 1907, D.P. 1911, 1, p. 222 ; Req. 1^{er} juil. 1908, D.P. 1909, 1, p. 11 ; Civ. 6 mai 1930, D.H. 1930, p. 363 ; 22 juin 1943, D.C. 1944, p. 83.

(27) Morel, art. préc., n° 16 ; Hamel et Lagarde, T. I, p. 71 ; Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1952 ; p. 260 et 1958, p. 662 ; Robert, n° 104.

(28) Voir surtout Com. 2 déc. 1964 ; Paris 11 juin 1947 ; 17 déc. 1957 ; Tr. civ. Seine 7 juin 1956 ; Lyon, 12 mai 1958 ; Bordeaux, 20 déc. 1960, préc.

exceptionnel, en ce qu'il déroge à la prohibition générale et absolue de la clause compromissoire, prohibition édictée par l'article 1006 du Code de procédure civile ; il doit par conséquent recevoir une interprétation restrictive. De par son adjonction à l'article 631 du Code de commerce, il ne prend en considération que la nature commerciale de la contestation, à raison soit de son objet, soit de la qualité de commerçant des deux parties, et laisse par conséquent en dehors de son champ d'application les actes dits mixtes.

365. — Les adeptes de la nullité relative ont beau jeu de souligner l'inexactitude, sinon de cette argumentation, du moins de son point de départ, qui consiste à puiser l'interdiction de la clause dans l'article 1006 du Code de procédure civile.

On sait en effet que l'interdiction, édictée en réalité par l'arrêt du 10 juillet 1843 (29), repose sur la confusion volontaire entre compromis et clause compromissoire, que la Cour de cassation s'est avisée de soumettre aux conditions de l'article 1006, c'est-à-dire la désignation de l'objet en litige et du nom des arbitres.

Cette confusion, dénoncée par tous les auteurs (30), qui conduit à exiger pour la promesse de contrat le respect des règles qui gouvernent le contrat lui-même, fut d'ailleurs très vite abandonnée par la Cour de cassation. Pour pouvoir valider les clauses compromissoires, lorsqu'elles étaient autorisées en vertu de la loi du 31 décembre 1925, dès le 16 juin 1936 (31), elle a reconnu que « les dispositions exceptionnelles des articles 1005 et 1006 du Code de procédure civile déterminent les conditions de validité et de preuve du seul compromis ». La distinction entre l'obligation de compromettre et le compromis lui-même conduit à considérer qu'il est toujours temps de satisfaire aux prescriptions exigées pour la validité du compromis lorsque le litige surviendra, et que, par conséquent, « la clause compromissoire échappe aux causes de disparition du compromis et subsiste malgré l'extinction de celui-ci » (32).

366. — Pour les partisans de la nullité relative, puisque l'article 1006 du Code de procédure civile n'interdit la clause compromissoire ni dans la lettre, ni même dans l'interprétation actuelle de la Cour de cassation, la nullité absolue ne s'impose pas, car pour exprimer l'idée telle que l'a formulée M. le Professeur Hébraud (33), « on ne trouve pas dans

(29) Civ. 10 juil. 1843, préc.

(30) Glasson, Tissier, Morel, T. V, n° 1812 ; Cuche et Vincent, n° 613 ; Robert, n° 90 ; Morel, *Rep. dr. civ.*, V° « Compromis », n° 181 ; Le Balle, *Cours de droit civil approfondi* 1945-1946, p. 86 ; Solus, *Cours de droit judiciaire privé* 1961-1962, p. 830 et note sous Paris 11 juin 1947, S. 1949, p. 57 ; Bastian, « La clause compromissoire », *Gaz. Trib.* 1925, p. 498 ; Vizioz, obs. *Rev. tr. dr. civ.* 1947, p. 454 ; Motulsky, note préc. sous Paris 17 déc. 1957 ; Prévault, note préc.

(31) Civ. 16 juin 1936, S. 1936, p. 310 ; dans le même sens, Req. 13 déc. 1938, J.C.P. 1939, I, 1032, note J.L. ; Com. 18 fév. 1953, *Bull. civ.*, 1953, III, n° 74, p. 51.

(32) Com. 18 février 1953, préc. ; Amiens, 20 oct. 1959, G.P. 1959, 2, p. 256. Voir *infra*, n° 387 et ss.

(33) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.* 1958, p. 662 ; dans le même sens Motulsky, note préc. sous Paris 17 déc. 1957.

les textes le fondement exprès et certain qui serait indispensable pour conférer une telle rigueur à la prohibition de la clause compromissoire ».

SECTION III

LA SUPERIORITE DE LA THESE DE LA NULLITE ABSOLUE

367. — La thèse de la nullité absolue paraît plus conforme à une interprétation correcte de la portée de l'exception à la prohibition de la clause compromissoire, et les critiques qui lui sont adressées ne nous semblent pas décisives. Cette thèse a, au contraire, l'avantage d'éviter les inconvénients suscités par l'application de la nullité relative.

Nous tenterons d'en faire la démonstration en étudiant dans trois paragraphes :

§ 1. — Les motifs véritables de l'interdiction de la clause compromissoire.

§ 2. — La faculté de renonciation.

§ 3. — Les inconvénients de la thèse de la nullité relative.

§ 1. — *Les motifs véritables de l'interdiction de la clause compromissoire.*

Si l'on s'avise de discuter le fondement de la prohibition de la clause compromissoire, nous croyons que la nullité relative de celle-ci, lorsqu'elle est insérée dans un acte mixte, n'est qu'un palliatif à une interdiction considérée comme injustifiée, et qui a la même valeur que l'interdiction elle-même.

Sur le terrain de la technique pure, la nullité de la clause compromissoire est, à l'heure actuelle, dénuée de toute justification. Ainsi qu'on l'a fait remarquer (34), à partir du moment où la Cour de cassation elle-même reconnaît que les exigences relatives au compromis ne doivent pas recevoir application lorsqu'il s'agit de la clause, on devrait se prononcer en faveur de la validité de la clause compromissoire dans tous les cas, même en matière civile.

368. — En réalité, il nous paraît illogique d'adopter la solution intermédiaire qui consiste à admettre que la clause compromissoire est nulle, mais pour des motifs si peu pertinents que cette nullité ne peut être que relative.

(34) Solus, note préc. sous Paris 11 juin 1947 ; *Cours de droit judiciaire privé*, 1961-1962, p. 834 ; voir également Vizioz, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1947, p. 454.

De deux choses l'une : ou l'on se place sur le terrain de la technique, et l'on admet que l'arrêt de 1843 est une erreur : il faut en déduire la validité de la clause compromissoire dans tous les domaines ; ou l'on reconnaît que la confusion volontaire faite par la Cour de cassation dans cet arrêt — et qui fut heureusement abandonnée — n'est qu'un argument déplorable et superflu, destiné simplement à masquer le caractère prétorien de la règle posée, à savoir l'interdiction de la clause compromissoire.

369. — Le motif véritable de la règle édictée relève de la politique juridique — la Cour l'a d'ailleurs exprimé — et revêt un caractère de généralité ; c'est la crainte que la clause ne devienne de style et que les plaideurs ne se privent des garanties de la justice officielle. Il faut donc, croyons-nous, ne tirer de l'arrêt que la prohibition de la clause, sans vouloir juger de son fondement. Elle n'est pas plus justifiée que l'interprétation jurisprudentielle de l'article 1384 du Code civil ou des articles 900 et 1172 du même Code, qu'on ne s'avise pourtant pas de discuter. Seul compte le principe édicté. Bien que la Cour de cassation ait elle-même ultérieurement rejeté l'assimilation entre compromis et clause compromissoire qui étayait la nullité, elle a cependant maintenu celle-ci (35). C'est pourquoi nous croyons parfaitement logique d'entendre rigoureusement l'exception apportée par la loi du 31 décembre 1925 à la prohibition générale et absolue de la clause compromissoire.

§ 2. — *La faculté de renonciation.*

370. — La possibilité de renoncer à la nullité de la clause n'est incompatible qu'en apparence avec la nullité absolue, et le paradoxe, qu'il y aurait à voir une nullité relative en matière civile devenir absolue s'il s'agit d'un acte mixte, n'existe pas.

Il faut une fois de plus repousser le compartimentage des types de nullité, et, ainsi que le souligne un auteur, « envisager chacun de leurs aspects eux-mêmes » (36).

On a critiqué (37) l'arrêt, rendu par la Cour de Paris le 11 juin 1947 (38), qui avait déclaré la clause nulle à l'égard des deux parties « parce qu'une nullité serait relative et susceptible d'être invoquée par tous ». Or cet arrêt affirme simplement que la nullité n'est pas d'ordre public, sans se prononcer expressément sur le caractère de celle-ci. Il déclare au contraire que la loi du 31 décembre 1925 est un texte exceptionnel qui doit recevoir une interprétation restrictive.

(35) Voir par ex. : Civ. 2 déc. 1844, D. 1845, 1, p. 40 ; S. 1845, 1, p. 79 ; Req. 15 juil. 1879, D. 1880, 1, p. 106 ; S. 1879, 1, p. 364 ; 22 mars 1880, D. 1880, 1, p. 142 ; S. 1881, 1, p. 10 ; 28 juin 1886, S. 1889, 1, p. 331 ; Civ. 26 juil. 1893, D. 1894, 1, p. 61 ; S. 1894, 1, p. 215 ; Req. 21 juin 1904, S. 1906, 1, p. 22 ; D. 1906, 1, p. 395 ; 8 déc. 1914, D. 1916, 1, p. 194 ; 8 janv. 1924, S. 1924, 1, p. 315 ; 20 avr. 1931, S. 1931, 1, p. 245.

(36) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1958, p. 662.

(37) Motulsky, note préc. sous Tr. civ. Seine 7 juin 1956.

(38) Paris, 11 juin 1947, préc.

De plus, il faut remarquer que la nullité « relative » de la clause, en matière civile, est susceptible également d'être invoquée par les deux parties, et que cette appellation recouvre simplement la possibilité de renonciation.

371. — Quant à celle-ci, si une règle d'ordre public peut y faire obstacle, elle n'est pas incompatible avec la nullité absolue (39). La base contractuelle de l'arbitrage implique que les parties peuvent parfaitement, d'un commun accord, renoncer à se prévaloir de la nullité de la clause, — qu'il s'agisse d'un acte mixte ou purement civil. Ainsi que le dit fort justement la Cour de Lyon dans un arrêt du 12 mai 1958 (40), qui marque exactement les limites de cette renonciation : « celles-ci peuvent sans doute ne pas se prévaloir de la nullité de cette clause et comparaître volontairement devant les arbitres, s'ils y ont été désignés, mais (qu') elles ne peuvent le faire que d'un accord commun, et (qu') aucune d'elles ne saurait l'imposer à l'autre. »

372. — Ce point est en effet capital ; que l'on soit en matière purement civile ou en matière d'acte mixte, la renonciation ne correspond pas à une confirmation tacite, qui paraît bien être le propre de la nullité relative. Il n'y a pas « réparation » d'un vice, laquelle ne serait possible que lors de la cessation ou de la découverte de ce dernier. Ainsi que l'ont rappelé certains auteurs (41), la clause compromissoire en matière civile demeure nulle ; les parties, en comparaisant volontairement devant les arbitres, ne font que passer le compromis, qui, en vertu de l'article 1005 du Code de procédure civile, peut être fait par procès-verbal devant les arbitres choisis.

L'arrêt de la Cour de Lyon précité analyse justement cette possibilité de renonciation : « si, en pareil cas, les arbitres sont valablement saisis, ce n'est pas en exécution d'une clause légalement inefficace, mais c'est que les parties ayant, après la naissance du litige, le droit de compromettre, sont habiles à le faire en vertu de l'article 1005 du Code de procédure civile. Leur accord ne confirme pas la clause, mais réalise la conclusion du compromis. »

373. — En résumé, la nullité de la clause compromissoire en matière civile est invocable par les deux parties, et insusceptible de confirmation : la possibilité de renonciation exprime simplement la faculté de rendre le compromis valable malgré l'existence d'une promesse antérieure de compromettre inopérante. Il y a donc dans ces conditions quelque abus de langage à qualifier cette nullité de relative, et à dénoncer une contradiction avec ce qui se passe en matière d'acte mixte, si l'on

(39) Les arrêts affirmant le caractère absolu de l'incompétence des Tribunaux judiciaires en présence d'une clause compromissoire l'admettent expressément ; voir *supra*, n° 271 et s..

(40) Lyon, 12 mai 1958, préc.

(41) Robert, n° 130 ; Le Balle, *Cours préc.*, p. 110.

reconnaît à chaque partie la faculté de se prévaloir de la nullité. Le régime est en définitive exactement le même dans les deux cas.

§ 3. — *Les inconvénients de la thèse de la nullité relative.*

374. — Dire que la clause est interdite en matière civile, parce que le législateur a entendu protéger le non-commerçant contre le commerçant, c'est commettre une erreur sur le plan historique et sur le plan de l'interprétation des textes (42). La Cour de cassation — et non le législateur — a d'abord posé une interdiction générale, à base de protection, non seulement des personnes civiles, mais de tous les « citoyens » qui risqueraient de se priver, sans en mesurer les conséquences, des garanties offertes par les Tribunaux ordinaires, en recourant à des arbitres qui n'ont pas forcément les qualités de « probité, impartialité, compétence, délicatesse de sentiments nécessaires pour rendre les jugements » (43).

Puis, la loi du 31 décembre 1925, pour donner satisfaction aux nécessités du commerce, a introduit une exception en faveur de celui-ci. Sans doute, relève-t-on, dès les travaux préparatoires, que la clause est moins dangereuse qu'en matière civile, à cause de l'expérience que possèdent les commerçants ; il n'en reste pas moins que ce ne sont pas eux qui sont visés par la réforme, mais le commerce lui-même. L'optique de la loi est bien plus objective qu'on ne le prétend ; la preuve en est que la clause compromissaire est licite pour les actes de commerce entre toutes personnes, mais qu'elle ne l'est pas entre deux commerçants passant des actes civils. Admettre que seul le non-commerçant peut invoquer la nullité de la clause compromissaire insérée dans un acte mixte, c'est, au fond, créer une incapacité sans texte.

375. — Le régime des actes mixtes quant à la compétence des tribunaux ne peut être d'aucun secours à l'appui de la thèse de la nullité relative, car la situation est très différente dans les deux cas. Le commerçant doit, obligatoirement, saisir le Tribunal de grande instance parce que c'est le tribunal du défendeur, et le civil peut, au choix, saisir soit le tribunal de son cocontractant, le Tribunal de commerce, soit le Tribunal de grande instance qui est le tribunal de droit commun, investi de la plénitude de juridiction. La jurisprudence fait donc dépendre la compétence de la personnalité du défendeur. Mais une fois la règle établie, il faudrait que le commerçant demandeur la viole en saisissant le Tribunal de commerce pour que le civil puisse invoquer l'incompétence, d'ailleurs relative, de celui-ci. En revanche, le civil est obligé d'accepter la juridiction du Tribunal de grande instance, et le commerçant, de son côté, celle du Tribunal choisi par le civil.

376. — En matière de clause compromissaire, au contraire, la théorie de la nullité relative conduit à faire dépendre l'efficacité de la clause,

(42) Cf. Note G.L.S. sous Bordeaux, 20 déc. 1960, préc.

(43) Civ. 10 juil. 1843, préc.

non de la personnalité du défendeur, mais uniquement de la volonté du cocontractant civil. C'est finalement permettre à ce dernier d'opposer la convention arbitrale s'il est attiré devant le Tribunal civil, et d'arguer de sa nullité s'il est attiré devant les arbitres. La Cour de Lyon, le 12 mai 1958 (44), résume parfaitement les conséquences qui en résultent, en disant que « le commerçant demandeur ne saurait devant quelle juridiction porter son action, exposé qu'il serait, devant l'une comme devant l'autre, à une décision d'incompétence, provoquée par le bon plaisir de son adversaire ».

L'ouverture de l'action en nullité lui permet au moins, s'il a des doutes sur la bonne foi de son cocontractant, de renoncer à la procédure arbitrale et de saisir les Tribunaux ordinaires.

377. — On a dit (45) que la situation était inhérente à toute nullité relative. C'est inexact pour les actes de fond du droit, où le cocontractant d'un incapable s'expose, dans un délai d'ailleurs assez court, à voir invoquer la nullité de l'acte, sans être placé devant une alternative sans issue : il lui suffit d'attendre. De plus, et l'argument nous semble être de poids en faveur de la thèse de la nullité absolue, en matière de compromis, le caractère juridictionnel de l'institution fait admettre généralement que la partie capable peut refuser de participer à l'arbitrage, tant que son adversaire n'a pas couvert la nullité, comme elle peut, devant les Tribunaux judiciaires, refuser de plaider jusqu'à la régularisation de l'incapacité (46). Même si l'on considère le civil comme un incapable à protéger, il faut au moins admettre qu'il ne peut l'être davantage qu'un mineur par exemple.

En définitive, même sur le plan pratique, la thèse de la nullité relative ne se défend pas. Comme on l'a fait remarquer (47) la protection du civil sera beaucoup plus efficace, si, contre sa volonté même, pas forcément très éclairée, la clause ne peut produire effet.

378. — Affirmer que permettre au commerçant d'invoquer la nullité constitue une prime à la mauvaise foi, est quelque peu exagéré. Certes, celui-ci sera lié en face de l'un de ses pairs — si le litige rentre dans les précisions de la loi du 31 décembre 1925 — et ne le sera plus en face d'un cocontractant civil, mais c'est là une conséquence normale de l'illégalité de la clause. Il ne sera pas davantage lié, par exemple, par une clause compromissoire insérée dans un contrat de travail, ou passée en dehors du domaine de l'article 631 du Code de commerce, avec un individu parfaitement digne de protection.

Et il ne faut pas oublier que le civil, à qui l'on impose la nullité d'une clause — qu'il n'avait d'ailleurs pas le droit de souscrire — retrouve

(44) Lyon, 12 mai 1958, préc.

(45) Note anonyme sous l'arrêt, *Rev. arb.*, 1958, p. 99.

(46) Glasson, Tissier, Morel, T.V., n° 1810 ; Morel, n° 715 ; Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1957, p. 727 ; 1958, p. 127.

(47) Note G.L.S., préc.

tout de même devant les Tribunaux ordinaires suffisamment de garanties contre la rouerie éventuelle de son partenaire.

Pour toutes ces raisons, nous croyons la nullité absolue plus conforme à une saine interprétation des textes, et moins regrettable en pratique que la nullité relative.

SECTION IV

LA DEFENSE DE LA VALIDITE DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE INSEREE DANS UN ACTE MIXTE

379. — Nullité absolue ou relative ne sont pas en réalité des solutions souhaitables, semble-t-il. Rien dans la loi de 1925, ni dans ses motifs, ne s'oppose à la licéité de la clause compromissoire en matière d'acte mixte, laquelle se révèle parfaitement compatible avec sa nullité en matière civile (48).

Le principe de la nullité de la clause insérée dans un acte mixte a été affirmé sans discussion par d'éminents auteurs, comme un postulat (49) ; Monsieur le Professeur Motulsky, pour sa part (50), déclare la solution « assurément juste » ou « indiscutable ».

Si la question s'est trouvée résolue avant d'être posée, c'est probablement parce qu'on a mis l'accent, pour justifier la loi du 31 décembre 1925, sur l'absence de danger de la clause pour ceux qui font le commerce et sont en général rompus aux affaires, par opposition avec les simples civils, peu habiles en ce domaine. En réalité, il y a là un glissement facile, mais dangereux. De ce que la clause est interdite en matière civile, et licite en matière commerciale, on en a déduit qu'elle était permise aux commerçants et interdite aux civils.

380. — Les textes ne justifient pas une telle prohibition, qui se trouve d'ailleurs contredite par la jurisprudence en matière de clause attributive de compétence insérée dans un acte mixte. Ceci nous conduit à examiner successivement :

§ 1. — L'interprétation des textes.

§ 2. — Le parallèle avec la clause attributive de compétence.

(48) En faveur de la validité de la clause insérée dans un acte mixte, voir Cuche et Vincent, n° 614, note 3.

(49) Glasson, Tissier, Morel, TV, n° 1814 ; Leray, « L'arbitrage et la loi nouvelle sur la clause compromissoire », 1927, p. 27 ; Rothé, *thèse*, p. 26 ; Cézard-Bru, « Commentaire de la loi du 31 décembre 1925 », *Lois nouvelles*, 1926, p. 179 ; Julliot de la Morandière, Rodière et Houin, *Précis de droit commercial*, 2° éd., n° 43 ; Ripert, 4° éd., n° 337.

(50) Motulsky, notes précitées sous Tr. civ. Seine, 7 juin 1956, J.C.P., II, 9 460 ; sous Paris, 29 juin 1956, J.C.P. 1956, II, 9 524.

§ 1. — *L'interprétation des textes.*

En ajoutant un alinéa à l'article 631 du Code de commerce, la loi, dit la jurisprudence, n'a pris en considération que la nature commerciale de la contestation elle-même.

Reste à savoir si le texte exclut d'office les actes mixtes, sous le prétexte qu'une partie n'est pas commerçante. Nous ne le croyons pas. L'acte mixte n'a été visé nulle part par le législateur du Code de commerce, imbu d'une conception objective, et sur le plan de l'interprétation littérale, on ne peut dire que la loi de 1925 exclut l'acte mixte, puisqu'elle s'applique aux contestations de l'article 631 du Code, qui peuvent parfaitement surgir à l'occasion d'actes mixtes ; il s'agit aussi bien des actes de commerce par nature que des actes de commerce par accessoire.

La Cour de Paris, le 11 juin 1947 (51) qualifie les contrats mixtes de « civils par leur essence », ce qui excluerait l'application de la loi de 1925. Mais cette qualification est sujette à caution. L'acte mixte est fortement empreint d'un caractère commercial, que la jurisprudence reconnaît implicitement. L'incompétence du Tribunal de commerce a un caractère absolu pour toutes les affaires n'entrant pas dans les limites fixées par la loi (52). Or elle n'est que relative en matière d'acte mixte (53).

Pour un auteur, il s'agit « d'actes qui, demeurant nécessairement actes de commerce lorsqu'ils sont envisagés par rapport au commerçant, ne sauraient changer de nature par le seul fait qu'on les considère par rapport à une contrepartie non commerçante » (54).

§ 2. — *Le parallèle avec la clause attributive de compétence.*

381. — La jurisprudence ouvre une option au non-commerçant entre les juridictions civile et commerciale. C'est à partir de là que, délaissant la solution qui voulait que la clause attributive de juridiction préalable à tout litige soit nulle à l'égard du civil comme emportant renonciation à exciper d'une incompétence *ratione materiae* (55), elle la valide (56), car « à cette option la partie non commerçante pouvait valablement renoncer en s'engageant par avance à saisir le Tribunal de commerce d'une telle contestation » (57).

Monsieur le Professeur Hébraud manifeste quelques réticences devant

(51) Paris, 11 juin 1947, préc.

(52) Cuche et Vincent, n° 257 et réf. cit.

(53) Civ. 8 mai 1907, D.P. 1911, 1, p. 122 ; Req. 1^{er} juil. 1908, D.P. 1909, 1, p. 11 ; Civ. 6 mai 1930, D. H. 1930, p. 363 ; 22 juin 1943, D.P. 1944, p. 83 ; Besançon, 21 juin 1955, D. 1956, som. p. 47.

(54) Escarra, *Traité dr. com.*, n° 100.

(55) Amiens, 7 mai 1901, D.P. 1901, 2, p. 487.

(56) Civ. 8 mai 1907, D.P. 1911, 1, p. 222 ; 21 nov. 1911, S. 1912, note Lyon-Caen ; Req. 5 juil. 1934, S. 1935, p. 351 ; Civ. 3 oct. 1958 (2 arrêts), G.P. 1958, 2, p. 281 ; *Rev. tr. dr. civ.*, 1959, p. 150, obs. Hébraud ; 8 oct. 1959, S. 1960, 1, p. 331, note Plancquel ; *Rev. tr. dr. civ.*, 1960, p. 530, obs. Hébraud.

(57) Civ. 8 oct. 1959, préc.

cette assimilation, mais simplement parce que, dit-il, « elle néglige l'idée que l'ordre public protège plus énergiquement les droits en puissance que les droits acquis » (58). En tout cas, à partir du moment où la clause attributive de juridiction est admise, et où la qualité de civil n'empêche pas le défendeur d'être attiré valablement devant une juridiction qui lui est en principe fermée, il faut bien reconnaître que l'on ne peut plus justifier la nullité de la clause compromissoire par le caractère mixte de l'acte dans laquelle elle est insérée.

382. — Les auteurs constatent simplement la différence de régime (59) ou bien déclarent que la clause attributive à une juridiction officielle est jugée moins dangereuse que la clause compromissoire (60). On a approuvé la distinction, parce qu'« une chose est de renoncer à la juridiction civile pour attribuer compétence au Tribunal de commerce qui offre toutes les garanties de la justice rendue par l'Etat, autre chose est de renoncer aux juridictions officielles pour s'en remettre au jugement d'arbitres » (61). Puisque les tribunaux reconnaissent implicitement le caractère commercial de l'acte mixte, l'explication est insuffisante techniquement pour permettre de faire une exception en faveur de la clause compromissoire.

383. — Sur le plan de l'opportunité, elle n'est pas non plus très pertinente. Le non-commerçant n'est pas livré sans défense à la justice de simples particuliers. Le contrôle juridictionnel organisé autour de celle-ci est une sauvegarde importante de ses intérêts (62). D'ailleurs, l'inexpérience des civils est de plus en plus, aujourd'hui, un mythe assez dénué de fondement qui ne peut s'appliquer, pour reprendre l'exemple d'un auteur (63), aux sociétés civiles immobilières, et qui se heurte à la constatation que de nos jours, les non-commerçants font des actes de commerce de façon courante.

Monsieur le Doyen Savatier (64), pour qui le particularisme du droit commercial ne se justifie plus sur ce plan, dénonce comme dépassée la conception basée sur la différence entre commerçant et non-commerçant : « il n'y a plus aujourd'hui deux mondes aussi séparés ».

384. — En définitive, la validité de la clause compromissoire insérée dans un acte mixte nous semble commandée par une réflexion faite à propos de la licéité, qui découle de la loi du 31 décembre 1925, de la clause dans les actes de commerce entre toutes personnes : « après tout, le non-commerçant qui fait un acte de commerce se met dans la

(58) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1959, p. 150 ; 1961, p. 545.

(59) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1960, p. 530.

(60) Plancquel, note précitée sous Civ. 8 oct. 1959.

(61) Morel, art. préc., n° 16.

(62) En ce sens Solus, note préc. sous Paris 11 juin 1947.

(63) G.L.S., note préc. sous Bordeaux 20 déc. 1960.

(64) Savatier, « *Droit des affaires* », 1962, p. 174.

situation d'un commerçant. Notre droit commercial lui en suppose les qualités avec la capacité ; qu'il supporte sans se plaindre les moindres risques » (65).

La jurisprudence devrait bien, pour toutes les raisons que nous venons d'énoncer, admettre la validité de l'engagement souscrit, sous forme de clause compromissoire, même par un non-commerçant, lorsqu'il s'agit d'un acte mixte, quitte à se montrer moins libérale dans l'appréciation de l'existence de la convention, comme elle le fait, parfois avec excès, à l'heure actuelle.

(65) Hamel, « La clause compromissoire dans les contrats commerciaux », D. H. 1926, p. 13.

CHAPITRE III

LE CONCOURS DE LA JURIDICTION ETATIQUE A L'EFFICACITE DE LA CONVENTION ARBITRALE

385. — L'effort des tribunaux pour assurer la mise en œuvre de la procédure arbitrale, malgré la réticence de l'une des parties s'est accompli principalement dans trois directions. La jurisprudence a assoupli les conditions de preuve, elle s'est substituée au partenaire récalcitrant pour assurer le passage de la clause compromissoire au compromis, et, par une analyse serrée des pouvoirs des mandataires sociaux, elle a brisé les velléités de certains mandants de renier abusivement leurs engagements. Ce sont les trois problèmes que nous retiendrons pour notre étude, parce qu'ils sont les plus caractéristiques de l'œuvre accomplie. Celle-ci est considérable, et elle a été rendue possible par la brièveté de la loi du 31 décembre 1925, qui n'a prévu ni les conditions de preuve, ni les effets de la clause compromissoire, et ne s'est pas prononcé sur sa nature juridique. Ces lacunes ont été comblées avec le maximum d'efficacité, et les solutions étendues, lorsque leur généralité le permettait, au compromis lui-même.

Nous étudierons donc :

Section 1. — La preuve de la convention arbitrale.

Section 2. — La réalisation du compromis à partir de la clause compromissoire.

Section 3. — L'analyse jurisprudentielle des pouvoirs des mandataires sociaux.

SECTION I

LA PREUVE DE LA CONVENTION ARBITRALE

386. — L'article 1005 du Code de procédure civile déclare que « le compromis pourra être fait par procès-verbal devant les arbitres choisis, ou par acte devant notaire, ou sous signature privée ».

Cet écrit n'est pas une condition de validité, mais une condition de preuve (1). On l'entend généralement (2) comme interdisant la preuve par témoins, quelle que soit la valeur du litige — c'est-à-dire même si celle-ci est inférieure à 50 francs — et s'il existe un commencement de preuve par écrit. Seuls l'aveu et le serment restent possibles.

La nullité résulte de l'absence d'écrit (3), mais peut d'ailleurs être couverte par l'exécution volontaire (4).

387. — Quant à la clause compromissoire, la Cour de cassation qui, le 10 juillet 1843 (5), assimilait celle-ci au compromis pour en prononcer la nullité, comme ne satisfaisant pas aux exigences de l'article 1006 du Code de procédure civile, a assez vite abandonné cette position pour déclarer que la preuve dudit engagement n'était pas subordonnée à « aucune disposition exorbitante du droit commun, et, en particulier, aux dispositions exceptionnelles des articles 1005 et 1006 qui ne concernent que le compromis lui-même » (6).

En matière commerciale, la preuve de la clause compromissoire se fait, suivant l'article 109 du Code de commerce par tous moyens (7), témoignage, échange de lettres, voire simple mention contenue dans une facture (8).

L'acceptation de la clause peut donc être tacite. La Cour de cassation l'a déclaré formellement dans un arrêt du 9 janvier 1933 (9) : « l'acceptation d'un marché commercial, résultant d'une exécution sans que l'acheteur ait élevé de protestation contre la clause par laquelle le vendeur a stipulé qu'en cas de différend les parties devraient se soumettre à un arbitrage, comporte également acceptation de ladite clause ».

Le 17 octobre 1961 (10) elle rééditait son affirmation en ces mêmes termes à propos d'une clause insérée dans un marché international.

(1) Req. 9 juin 1868, D.P. 1869, 1, p. 85 ; Civ. 30 mars 1949, S. 1949, 1, p. 199.

(2) Glasson, Tissier, Morel, T.V., n° 1 805-1 809 ; Cuche et Vincent, n° 609 ; Robert, n° 35.

(3) Req. 5 juil. 1832, S. 1833, 1, p. 322 ; 13 janv. 1931, G.P. 1931, 1, p. 394 ; Tr. civ. Seine, 24 avr. 1952, 2° esp., G.P. 1952, 1, 402 ; Rouen, 12 déc. 1958, *Rev. arb.* 1959, p. 21.

(4) Req. 5 juil. 1832, préc. ; 13 janv. 1931, préc.

(5) Civ. 10 juil. 1843, préc.

(6) Req. 13 déc. 1938, J.C.P. 1939, II, 1 022, note J.L. ; G.P. 1939, 1, p. 292 ; D.H. 1939, 1, p. 163 ; Voir aussi Civ. 16 juin 1936, S. 1936, 1, p. 310, J.C.P. 1937, II, 12 ; G. P. 1936, 2, p. 524 ; D.H. 1936, p. 457.

(7) Glasson, Tissier, Morel, T.V., n° 1815 ; Robert, n° 127 ; Cuche et Vincent, n° 615.

(8) Civ. 16 juin 1936, préc. ; Req. 13 déc. 1938, préc. ; Req. 13 janv. 1947, S. 1947, 1, p. 77 ; Paris, 4 déc. 1935, S. 1936, p. 52 ; G.P. 1936 ; 1, p. 347 ; 5 juin 1953 ; G.P. 1953, 2, p. 27 ; Tr. gr. inst. Corbeil-Essones, 24 janv. 1962, *Rev. arb.* 1962, p. 19.

(9) Civ. 9 janv. 1933, D.H. 1933, p. 104, G.P. 1933, 1, p. 617 ; S. 1933, 1, p. 145.

(10) Com. 17 oct. 1961, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1962, p. 132, note Mezger ; *Rev. arb.*, 1962, p. 45 ;

388. — On peut se demander si une telle mansuétude, quant à la preuve de la clause compromissoire, n'est pas la cause d'une évolution qui semble se dessiner, dans la jurisprudence de la Cour de Paris et dans le droit conventionnel international, quant à la preuve du compromis lui-même.

En contradiction avec les principes traditionnels que nous avons rappelés plus haut, la Cour de Paris, dans deux arrêts des 27 et 30 mars 1962 (11), affirme avec vigueur que le compromis est purement consensuel, et peut donc se prouver par tous moyens, l'écrit n'étant que l'un de ceux-ci. Le droit conventionnel international présente une particularité curieuse : l'assimilation des règles de preuve du compromis et de la clause compromissoire. La Convention de New York du 10 juin 1958, dans son article II, témoignait d'un recul par rapport à notre droit interne, puisqu'elle exigeait un écrit aussi bien pour la clause compromissoire que pour le compromis (12). Il est vrai que l'écrit, au sens dudit article, pouvait consister dans un échange de lettres ou de télégrammes. La Convention européenne de Genève du 21 avril 1961 (13) reprend le texte de l'article II de celle de New York, en ajoutant comme mode de preuve écrit les communications par téléscripteurs, mais elle en modifie profondément l'esprit en précisant : « dans les rapports entre pays dont les lois n'imposent pas la forme écrite à la convention d'arbitrage, celle-ci pourra être conclue dans les formes permises par ces lois. » Il est évident qu'il y a là une intervention sérieuse dans le droit interne des Etats contractants, dans la mesure où ceux-ci n'admettent pas une forme aussi libérale que l'échange de lettres ou de télégrammes (14).

389. — Notre droit interne traditionnel est plus exigeant pour le compromis, mais l'application du droit conventionnel ne peut susciter de difficultés à cet égard. La jurisprudence a toujours admis que les dispositions de l'article 1006 du Code de procédure civile n'étaient pas d'ordre public international (15). Par conséquent, la sentence étrangère rendue directement sur une clause compromissoire n'est pas passible d'annulation en vertu de l'article 1028 du Code de procédure civile qui sanctionne l'absence de compromis — notamment lorsque le droit

(11) Paris, 27 mars 1962, J.C.P. 1963, II, 13 036, note Level ; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1962, p. 534, note Mezger ; *Rev. arb.*, 1962, p. 45 ; Clunet 1963, p. 468 ; 30 mars 1962, J.C.P. 1962, II, 12 843, note Level ; *Rev. arb.*, 1962, p. 63 ; *Rev. tr. dr. civ.*, 1962, p. 693, obs. Hébraud.

(12) Sur l'application distributive en la matière du droit conventionnel et du droit interne plus souple, voir note Mezger, sous Cass. 17 oct. 1961, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1962, p. 132.

(13) Article 1^{er}, lettre B.

(14) Voir en ce sens, Klein « La Convention européenne sur l'arbitrage commercial international », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1962, p. 621.

(15) Civ. 19 fév. 1930, D.H. 1930, p. 228 ; Req. 13 janv. 1931, G.P. 1931, 1, p. 394 ; Req. 20 avr. 1931, S. 1931, 1, p. 245 ; Req. 4 juin 1934, G.P. 1934, 2, p. 202.

étranger ignore la distinction entre compromis et clause compromissoire (16).

Lorsqu'il s'agit d'une sentence nationale, la Cour de cassation a formellement affirmé, le 17 février 1954 (17), que la promesse de compromettre ne dispense pas de la rédaction d'un compromis (18).

Cependant, on peut se demander si cette proposition est tellement exacte à l'heure actuelle, où la jurisprudence supplée à la mauvaise volonté de la partie qui se refuse à signer le compromis, et procède, à sa place, à la mise en œuvre de l'arbitrage, à partir de la seule clause compromissoire (19).

390. — En ce sens, l'unification des règles de preuve des deux conventions arbitrales peut se comprendre ; mais il n'est pas certain que ce soit sous le régime de la liberté qu'elle doive s'effectuer. En effet, on a dénoncé le danger qu'entraîne, en matière commerciale, le chassé-croisé des clauses contradictoires (20), et il est même quelquefois douteux que la volonté des parties existe réellement sur les éléments accessoires du contrat (21).

La Commission de réforme du Code de procédure civile (22) a d'ailleurs établi un projet en ce sens que « dans les cas où la loi admet la clause compromissoire, celle-ci ne pourra résulter que d'un accord écrit des parties ».

Nous croyons ce point de vue infiniment préférable. Ce n'est pas entraver la rapidité de l'arbitrage que de supprimer au départ toute équivoque et toute contestation sur l'intention des contractants. De plus, nous pensons qu'il n'y a aucune raison pour refuser d'admettre la validité de la clause compromissoire en matière d'acte mixte (23), mais ce ne peut être qu'à la condition d'exiger au moins la garantie que procure la preuve écrite de la convention originale.

(16) Tr. gr. inst. Seine, 23 fév. 1961, *Rev. arb.*, 1961, p. 25 ; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1962, p. 522, note Mezger ; Paris, 27 mars 1962, préc.

(17) Com. 17 fév. 1954, *Rev. arb.*, 1955, p. 92.

(18) Sur le cas où la clause compromissoire vaut compromis parce qu'elle satisfait aux exigences de l'article 1006 du Code de procédure civile, voir Robert, n° 121. Voir une illustration intéressante dans Paris 12 fév. 1963, J.C.P. 1963, II, 13 281, note Level ; 7 mai 1963, *Rev. arb.*, 1963, p. 138. La Cour de Paris (13 juin 1963, *Rev. arb.* 1963, p. 127 ; 21 mars 1963, *Rev. arb.*, 1963, p. 130) admet sans difficulté que la convention d'arbitrage est parfaite lorsque l'une des parties s'adresse à la Chambre arbitrale de Paris, dont le règlement prévoit qu'elle peut être saisie soit par un compromis, « soit par une demande formulée en vertu d'une clause compromissoire ».

(19) Voir *infra*, n° 391 et ss.

(20) H. Sinay, « Les problèmes d'unification de l'arbitrage ». Etudes de droit local, *Annales de la Faculté de Droit et des Sciences politiques et économiques de Strasbourg*, 1959, p. 17 ; note anonyme sous Paris 27 mars 1962, *Rev. arb.*, 1962, p. 51. Sur une interprétation opposée de clauses contradictoires dans des espèces semblables, Douai, 7 oct. 1958, G.P. 1959, 1, p. 50 ; *Rev. arb.*, 1959, p. 14 ; *Rev. tr. dr. com.*, 1959, p. 413, obs. Boitard ; et Douai, 12 mars 1959, G.P. 1959, 2, p. 116.

(21) En ce sens Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1959, p. 783.

(22) Article 416.

(23) Voir *supra*, n° 379 et ss.

SECTION II

*LA REALISATION DU COMPROMIS
A PARTIR DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE*

391. — La clause compromissoire crée simplement pour les parties une obligation de compromettre. La loi du 31 décembre 1925, pas plus que le Code de procédure, ne se sont préoccupés de la sanction de cette obligation ; la jurisprudence, soucieuse d'assurer l'efficacité de la convention arbitrale, est arrivée à suppléer à l'inertie de l'une des parties, en se substituant à elle pour la réalisation du compromis. La clause compromissoire ne comporte nécessairement ni l'objet du litige, ni la désignation des arbitres.

392. — L'objet du litige n'offre pas souvent de difficultés, car le contrat principal, la plupart du temps, donne suffisamment de précisions sur les contestations éventuelles. La jurisprudence estime, dans ce cas, que l'article 1006 du Code de procédure civile est respecté (24).

L'astreinte, que nous retrouverons à propos de la désignation des arbitres, est quelquefois utilisée. La Cour de Paris, le 28 mai 1952 (25), fut saisie d'une affaire où un litige opposait un assuré à sa compagnie d'assurances ; celle-ci s'était refusé à donner suite à la clause compromissoire. Les arbitres, désignés judiciairement à la requête de l'assuré, avaient établi un compromis, qui n'avait pas obtenu la signature de la compagnie. Sur l'appel de référé, elle fut condamnée à une astreinte.

La Cour de cassation, le 30 mars 1949 (26) a même approuvé l'arrêt qui avait considéré qu'en cas de refus de l'une des parties, l'objet était suffisamment précisé par le procès-verbal des arbitres, dressé d'après les conclusions du demandeur, et qui équivalait au compromis.

393. — Il s'agit là d'un procédé dont la légalité, selon un auteur (27), s'appuie sur l'article 1005 du Code de procédure civile, qui prévoit que le compromis pourra être fait par procès-verbal devant les arbitres. Pour certains, ce seraient même le mode de preuve par excellence (28).

Mais il doit pour cela être signé par les parties (29), condition qui fait évidemment défaut en cas de refus de l'une d'elles de passer à la

(24) Voir par ex. : Paris, 20 fév. 1958, *Rev. arb.*, 1958, p. 23 ; Rouen, 12 déc. 1958, *Rev. arb.*, 1959, p. 21.

(25) Paris, 28 mai 1952, G.P. 1952, 2, p. 93.

(26) Com. 30 mars 1949, J.C.P. 1949, II, 6 180, 1^{re} esp., note Bastian ; Bull. civ. II, n° 158 ; S. 1949, I, p. 199 ; Voir égal. Paris 12 fév. 1963, J.C.P. 1963, II, 13 281, note Level.

(27) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1952, p. 535.

(28) Robert, n° 32.

(29) Glasson, Tissier, Morel, n° 1 808.

réalisation de l'arbitrage. En réalité, l'arrêt de la Cour de cassation est l'aboutissement d'une évolution jurisprudentielle dont le caractère pré-torien est indiscutable, et qu'il est difficile de justifier à partir des seuls textes.

394. — C'est la désignation des arbitres qui a été l'occasion pour les Tribunaux d'approfondir la nature de la clause compromissoire et de mettre au point le système destiné à pallier l'inertie de l'un des cocontractants.

Nous étudierons successivement :

§ 1. — Le principe de l'exécution forcée.

§ 2. — Les formes de l'intervention du tribunal.

§ 1. — *Le principe de l'exécution forcée.*

La Commission de législation du Sénat avait prévu que l'arbitre serait nommé, en cas d'obstruction faite par l'une des parties, par le Président du Tribunal de commerce à la requête de l'autre, mais pour éviter la navette, cette proposition avait été supprimée lors du vote de la loi du 31 décembre 1925.

Quelques auteurs (30) en avaient déduit que l'obligation de compromettre, s'analysant en une obligation de faire, n'était pas susceptible d'exécution forcée, et qu'en cas d'inexécution, elle ne pouvait que se résoudre en dommages et intérêts, conformément à l'article 1142 du Code civil. Certaines décisions appliquaient le même raisonnement (31). La Cour de Bordeaux, dans onze arrêts rendus le 7 avril 1932 (32) avait pris très fermement parti, en déclarant : « si le règlement auquel se réfère la clause compromissoire donne au Président de la Chambre arbitrale le droit de désigner d'office l'arbitre à la partie qui s'y refuse, il est contraire au principe fondamental de l'arbitrage du Code de procédure civile, et aux règles de l'organisation judiciaire ; qu'au surplus, le mandat donné au Président de désigner l'arbitre étant tacitement révoqué par la partie récalcitrante, la clause ne pouvant être ramenée à exécution que par l'application de l'article 1006 du Code de procédure civile, la sentence arbitrale doit être annulée, pour cause de désignation irrégulière de l'arbitre. »

395. — On a très vite démontré la faiblesse de cette proposition (33).

(30) Hamel, art. préc., D.H. 1926, p. 13 ; Brêthe de la Gressaye, note sous Bordeaux, 7 avr. 1932, S. 1933, 2, p. 17 ; Cézard-Bru, « Commentaire de la loi du 31 décembre 1925 », *Lois nouvelles*, 1926, 1, p. 181 ; Wahl, J.C.P. 1927, p. 4.

(31) Paris, 10 juil. 1928, S. 1930, 2, p. 65, note Roubier ; D. 1928, p. 499 ; Tr. com. Marseille, 2 fév. 1927, G.P. 1927, 1, p. 528 ; 30 déc. 1931, D.H. 1932, p. 183 ; Rouen, 31 mai 1934, *Rec. Le Havre* 1934, 2, p. 167.

(32) Bordeaux, 7 avr. 1932, S. 1933, 2, p. 17, note Brêthe de la Gressaye ; S. 1933, 2, p. 81, note Robert.

(33) Voir notamment : Robert, note préc. sous Bordeaux, 7 avr. 1932, S. 1933, 2, p. 81 ; Morel, art. préc. 1926, p. 486, n° 42 et ss. ; Le Balle, Cours préc., p. 117 et ss.

Soutenir que le caractère essentiellement volontaire de l'arbitrage s'oppose à la mise en œuvre de la procédure malgré le désir contraire de l'une des parties, et que l'on risque d'aboutir à la création de deux arbitrages, l'un volontaire et l'autre forcé, c'est oublier que tout arbitrage est forcé, une fois que les parties ont entendu s'y soumettre, en vertu de l'article 1134 du Code civil (34). De plus, en assurant l'exécution de la clause compromissoire, « l'on ne fait que se conformer à la volonté des intéressés qui ont décidé de recourir à ce mode de règlement des litiges » (35).

D'ailleurs, le Code de procédure a lui-même prévu les tentatives de se soustraire à l'engagement originaire : l'article 1008 interdit la révocation unilatérale de l'arbitre ; l'article 1016 permet de passer outre au refus de l'une des parties de produire ses pièces, et l'article 1007 donne au Président du Tribunal civil le pouvoir de désigner le tiers-arbitre, en cas d'impossibilité d'accord sur ce point entre les arbitres. L'intervention du juge apparaît au contraire nécessaire pour faire respecter la volonté réelle des parties.

396. — De plus, la prétendue nature d'obligation de faire, attribuée à la clause compromissoire, n'implique pas forcément l'impossibilité d'exécution forcée. Si l'article 1142 du Code civil n'envisage que l'allocation de dommages et intérêts en cas d'inexécution, il est de jurisprudence bien établie que son application est limitée aux obligations qui supposent un fait personnel du débiteur (36). L'exécution directe est possible lorsqu'on peut se passer du concours du débiteur, comme c'est le cas en matière de promesse de vente ou de louage.

À l'encontre de la jurisprudence de la Cour de Bordeaux, on faisait remarquer aussi que l'intervention du juge avait été reconnue licite avant la prohibition de la clause compromissoire, et que, en matière d'assurances maritimes, la Cour de cassation l'avait consacrée dans un arrêt du 27 novembre 1860 (37).

397. — La Cour de Paris, le 4 décembre 1935 (38), s'est prononcée en faveur de l'exécution forcée (39), et a considéré qu'en acceptant à l'avance de se soumettre à la décision d'un arbitre spécialement désigné, — la Chambre arbitrale de Paris, personne morale, — le demandeur n'avait pas seulement contracté une obligation de faire — signer un compromis d'arbitrage dont l'inexécution devrait éventuellement se résoudre en dommages et intérêts — mais qu'il s'était engagé librement et formellement à écarter l'article 1006 du Code de procédure civile, lequel n'avait d'ailleurs aucun caractère d'ordre public.

(34) Robert, *ibidem*.

(35) Morel, *ibidem*.

(36) Civ. 20 janv. 1953, D. 1953, p. 222 ; J.C.P. 1953, II, 7 677, note Esmein.

(37) Cass. 27 nov. 1860, D. 1861, p. 494 ; S. 1862, p. 159.

(38) Paris, 4 déc. 1935, S. 1936, p. 52.

(39) Voir dans le même sens : Tr. civ. Marseille, 5 déc. 1933, G.P. 1934, I, p. 183 ; Tr. com. Seine, 16 fév. 1934, G.P. 1934, I, p. 718 ; Tr. civ. Seine, 10 oct. 1935, G.P. 1935, 2, p. 829 ; Aix, 20 juil. 1950, G.P. 1950, 2, p. 298.

La Cour de cassation prit parti pour la première fois le 5 novembre 1936 (40), d'une façon très nette, en validant la remise de la désignation d'arbitre à un tiers préconstitué, comme satisfaisant aux exigences de l'article 1006 : « la loi du 31 décembre 1925 reconnaît aux conditions de procédure et d'exécution mises par les parties à la convention d'arbitrage, la même force obligatoire qu'à la clause compromissoire elle-même, quand elles ne sont contraires ni à un texte de loi, ni à un principe d'ordre public. » Le 26 février 1941 (41), avec ces mêmes attendus, elle casse l'un des onze arrêts rendus par la Cour de Bordeaux, le 7 avril 1932.

398. — Mais entre temps, saisie du problème de l'inexécution de la clause en l'absence de tiers préconstitué, elle analysa celle-ci non pas comme une simple obligation de faire, mais comme une clause « attributive de compétence », « par laquelle les parties se sont obligées à enlever aux tribunaux de droit commun la connaissance du litige qui les divise ». Le 27 février 1939 (42), elle en déduisit que la partie qui désirait mettre en œuvre la juridiction arbitrale pouvait demander à la juridiction de droit commun « soit d'enjoindre à ses adversaires, sous peine d'astreintes et de dommages et intérêts, de choisir un arbitre dans un délai imparti, soit même de procéder à une désignation d'office et de prendre toutes mesures utiles pour constituer le tribunal arbitral ».

Le 22 janvier 1946 (43) elle ne parla plus que de la désignation d'arbitre (44), ce qui n'exclut d'ailleurs pas la condamnation à une astreinte, si le demandeur le préfère (45).

§ 2. — *Les formes de l'intervention du tribunal.*

399. — Le principe de la nomination de l'arbitre par le Tribunal, en cas d'obstruction opposée par l'une des parties, est aujourd'hui parfaitement acquis (46), et, pour couronner l'évolution, et la rendre effective, la jurisprudence s'est attachée à en simplifier la forme. Il est évident que seule une procédure expéditive peut empêcher que le recours à justice « ne serve de prétexte à la partie récalcitrante pour retarder indéfiniment l'arbitrage », ainsi qu'on l'a souligné (47).

Le recours à une ordonnance sur requête a été consacré par la Cour de cassation dans l'arrêt Caulliez (48), qui considère le Président comme le « mandataire commun des parties ».

(40) Cass. 5 nov. 1936, J.C.P. 1937, p. 12, 2^e esp., note J.L. ; G.P. 1936, 2, p. 942.

(41) Civ. 26 fév. 1941, S. 1941, p. 33.

(42) Req. 27 fév. 1939, J.C.P. 1939, II, 1 121, note J.L. ; G.P. 1939, 1, p. 678.

(43) Civ. 22 janv. 1946, G.P. 1946, 1, p. 134.

(44) Dans le même sens, Pau, 29 juil. 1937, G.P. 1937, 2, p. 695 ; Aix, 17 nov. 1932, D.H. 1933, p. 91 ; 4 juil. 1934, G.P. 1934, 2, p. 860.

(45) Paris, 28 mai 1952, G.P. 1952, 2, p. 93.

(46) Com. 22 fév. 1949, J.C.P. 1949, II, 4 899, note Motulsky ; S. 1949, 1, p. 73 ; Paris, 20 fév. 1958, *Rev. arb.*, 1958, p. 23.

(47) Motulsky, « Le respect de la clause compromissoire », *Rev. arb.*, 1955, p. 15.

(48) Com. 22 fév. 1949, préc.

400. — Mais, comme la tierce-opposition est possible (49), l'ordonnance sur référé paraît préférable en ce qu'elle est rendue tout de suite contradictoirement. Un auteur la jugeait inapplicable (50), car, d'après lui, il y aurait eu préjudice au principal, « puisque le juge devrait se prononcer sur la validité et la portée de la clause compromissoire ».

L'objection n'est pas décisive : une ordonnance du Président du Tribunal civil de la Seine, du 1^{er} avril 1953 (51) définit exactement la mission du magistrat. « Le Président du Tribunal civil à qui compétence est donnée par la clause compromissoire pour désigner un arbitre en cas de refus de l'une des parties, doit se borner à faire cette désignation ; il n'est juge ni du fond du litige, ni de l'utilité de l'arbitrage. »

De plus, les auteurs partisans de la procédure de référé (52) admettent que, si une contestation sérieuse sur la validité de la clause compromissoire s'élève devant le Président, celui-ci doit se déclarer incompétent. En tout cas, en l'état actuel de la jurisprudence de la Cour de cassation, il doit surseoir à statuer si une action en nullité est en cours (53).

Sous ces réserves, la validité du référé ne fait aucun doute pour les tribunaux (54). Selon une observation judicieuse, (« on dirait volontiers que le référé, forme contradictoire de la juridiction jurisprudentielle, bénéficie d'une validité *a fortiori* » (55). La Cour de cassation a consacré la possibilité de cette procédure, dans un arrêt du 11 janvier 1960 (56) ; la formule qui prévoit la nomination de l'arbitre par le Président du Tribunal de commerce à la requête de la partie la plus diligente, « peut permettre la requête gracieusement, mais ne s'oppose nullement au référé ».

(49) Com. 22 fév. 1949, préc. ; Rouen, 13 juin 1959, *Rev. arb.*, 1960, p. 18 (en ce qui concerne la nomination du tiers-arbitre).

(50) Morel, art. préc., n° 45.

(51) Tr. civ. Seine, 1^{er} avr. 1953 (référé), G.P. 1953, 1, p. 324.

(52) Motulsky, art. préc., p. 15 ; Robert, n° 129, note 4.

(53) Com. 11 janv. 1960, J.C.P. 1960, II, 11 764, note Garaud, *Rev. arb.*, 1960, p. 44 ; *Rev. tr. dr. civ.*, 1960, p. 347, obs. Hébraud. Voir *supra*, n° 325 et ss.

(54) Tr. civ. Seine, 1^{er} avr. 1953, préc. ; Alger, 14 déc. 1949, J.C.P. 1950, IV, p. 94 ; Aix, 20 juil. 1950, G.P. 1950, 2, p. 298 ; Paris, 28 mai 1952 (2^e arrêt), G.P. 1952, 2, p. 93.

(55) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1960, p. 347.

(56) Com. 11 janv. 1960, préc.

SECTION III

*L'ANALYSE JURISPRUDENTIELLE
DES POUVOIRS DES MANDATAIRES SOCIAUX*

401. — La jurisprudence s'est montrée soucieuse d'assurer l'efficacité de la clause compromissoire ou du compromis que souscrivent les sociétés par l'intermédiaire de leurs représentants, pour s'aviser ensuite que ceux-ci n'avaient peut-être pas les pouvoirs suffisants. En réalité, comme on l'a écrit « ces scrupules des sociétés plaideuses dissimulent mal, souvent, un désir de gagner du temps et d'user l'adversaire » (57).

Contre de telles tentatives, les tribunaux ont réagi d'une façon vigoureuse, avec d'ailleurs l'approbation générale de la doctrine (58), car leur attitude témoigne d'une application fort correcte des principes régissant la matière. C'est ce que nous analyserons en deux paragraphes :

§ 1. — La jurisprudence relative au pouvoir des mandataires sociaux.

§ 2. — Le bien-fondé de la solution.

§ 1. — *La jurisprudence relative au pouvoir des mandataires sociaux.*

402. — La nécessité d'un mandat spécial pour compromettre est un principe incontesté (59), qui ressort à la fois de l'article 1988 du Code civil, déclarant que le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration, et de l'article 1989 du même Code, aux termes duquel le pouvoir de transiger ne renferme pas celui de compromettre.

Sur le fondement de ces textes, la Cour de cassation avait affirmé les 26 juin 1881 et 11 janvier 1921 (60) que les administrateurs d'une société anonyme ne pouvaient compromettre qu'autant qu'ils en avaient

(57) Boitard, obs. *Rev. tr. dr. com.*, 1960, p. 74.

(58) Robert, *Traité*, n° 21 ; note sous Nancy, 29 janv. 1958, *Clunet* 1959, p. 138 ; Dalsace, « Les pouvoirs du Conseil d'administration en matière d'arbitrage », *Rev. arb.*, 1959, p. 38 ; Mezger, note sous Douai, 8 juil. 1954, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1955, p. 165 ; note sous Nancy, 29 janv. 1958, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, p. 149 ; Goré, note sous Paris, 20 juin 1957, *D.* 1958, p. 374 ; Derrida, note sous Paris, 20 juin 1957, *J.C.P.* 1958, II, 10 346 ; Boitard, obs. *Rev. tr. dr. com.*, 1958, p. 332 ; Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.* 1958, p. 126 ; p. 656 ; Level, note sous Paris 12 fév. 1963, *J.C.P.* 1963, II, 13 281 (1^{er} arrêt).

(59) Glasson, Tissier, Morel, T. V, n° 1 808 ; Robert, n° 21 ; Cuhe et Vincent, n° 608 ; Cornu et Foyer, p. 58 ; Civ. 18 mai 1942, *D.A.* 1942, p. 105 ; S. 1942, p. 94 ; G.P. 1942, 2, p. 47.

(60) Req. 26 juin 1881, *D.* 1882, p. 182 ; S. 1883, p. 165 ; Civ. 11 janv. 1921, G.P. 1921, 1, p. 250 ; D. 1924, p. 135.

reçu le pouvoir par une clause formelle des statuts ou par un acte les habilitant spécialement à cet effet.

Dans cette même optique, la Cour de Nîmes, le 5 juillet 1935 (61) accueillit l'opposition à ordonnance d'exequatur contre une sentence étrangère, au motif que le gérant n'était nanti que d'un mandat général de faire tous les actes nécessaires à la marche de la société, et non du mandat spécial et exprès de compromettre.

Le 8 juillet 1954 (62), s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour de cassation, la Cour de Douai déclara, cette fois à propos d'une société à responsabilité limitée, que si les statuts donnent au gérant les pouvoirs les plus étendus, « malgré la généralité des termes, il n'en reste pas moins vrai qu'à défaut de spécialisation du mandat, ces pouvoirs n'étaient que des pouvoirs d'administration générale ».

403. — Cependant, la Cour de Paris devait donner une orientation nouvelle à la jurisprudence. Le 7 juin 1955 et le 9 janvier 1956 (63), elle valida la clause compromissoire passée par le gérant d'une société à responsabilité limitée ; les 20 juin 1957, 4 juillet 1957, 24 mars 1960 et 12 février 1963 (64), ce sont les compromis passés par les dirigeants d'une société anonyme qu'elle reconnaissait valables.

On trouve encore deux décisions — un jugement du Tribunal civil de Marseille du 18 octobre 1957 et un du Tribunal civil de la Seine du 18 mars 1958 (65) — qui ont repris l'ancienne position de la Cour de cassation, mais celle-ci devait ensuite se ranger à l'avis de la Cour de Paris, en rejetant, le 25 mai 1959 (66), le pourvoi dirigé contre l'arrêt du 4 juillet 1957.

La Cour de Nancy, dans l'affaire Elmassian, le 29 janvier 1958 (67), refuse également d'admettre le défaut de pouvoir du gérant de la société. Elle relève que les statuts conféraient à ce dernier les pouvoirs les plus étendus, et qu'au demeurant il s'agissait d'une affaire de famille dont il possédait les deux tiers des parts. Son attitude apparaît d'autant plus choquante qu'il représente la société en justice, en vertu des mêmes

(61) Nîmes, 5 juil. 1935, *Gaz. trib.*, 12 janv. 1936 ; *Rev. tr. dr. civ.*, 1936, p. 233, obs. Japiot.

(62) Douai, 8 juil. 1954, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1955, p. 165, note Mezger ; *Rev. tr. dr. com.* 1954, p. 810, obs. Boitard.

(63) Paris, 7 juin 1955, *Rev. arb.* 1957, p. 91 ; 9 janv. 1956, J.C.P. 1956, C.I., II, 57 744.

(64) Paris, 20 juin 1957, J.C.P. 1958, II, 10 346, note Derrida ; D. 1958, p. 374, note Goré ; *Rev. tr. dr. civ.*, 1958, p. 128, obs. Hébraud ; *Rev. tr. dr. com.*, 1958, p. 565, obs. Rault ; 4 juil. 1957, D. 1957, p. 659 ; *Rev. arb.* 1957, p. 93 ; 24 mars 1960, *Rev. arb.*, 1960, p. 50 ; *Rev. tr. dr. com.*, 1960, p. 74, obs. Boitard ; 12 fév. 1963, J.C.P. 1963, II, 13 281, note Level ; Houin, obs. *Rev. tr. dr. com.*, 1963, p. 331 ; Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1963, p. 782.

(65) Tr. civ. Marseille, 18 oct. 1957, *Rev. tr. dr. com.*, 1958, p. 90, obs. Boitard ; Tr. civ. Seine, 18 mars 1958, G.P. 1958, I, p. 430 ; *Rev. soc.*, 1958, p. 313, note Autesserre ; *Rev. arb.*, 1958, p. 130 ; *Rev. tr. dr. civ.*, 1958, p. 656, obs. Hébraud.

(66) Cass. 25 mai 1959, D. 1959, p. 557, note F.G. ; *Rev. tr. dr. civ.*, 1960, p. 162, obs. Hébraud ; *Rev. tr. dr. com.*, 1960, p. 74, obs. Boitard.

(67) Nancy, 20 janv. 1958, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, p. 149, note Mezger ; Clunet 1959, p. 738, note Robert.

pouvoirs que lui confèrent les statuts, et l'arrêt souligne « qu'il est donc mal venu à invoquer sa propre faute commise pour tenter de soustraire la société aux obligations auxquelles il a souscrit en son nom ».

§ 2. — *Le bien-fondé de la solution.*

404. — La justification de la position actuelle de la jurisprudence repose sur deux points. L'arbitrage, surtout par le jeu de la clause compromissoire, extrêmement fréquente dans les contrats, est entré dans « la pratique courante du commerce », dit la Cour de Paris, le 7 juin 1955, et par conséquent, « dans les opérations de gestion courantes et quotidiennes », dit-elle le 4 juillet 1957, le 24 mars 1960 et le 12 février 1963. Les dirigeants de sociétés, lorsqu'ils passent un contrat rentrant dans leurs fonctions, doivent donc pouvoir, sans demander à chaque fois une habilitation spéciale, accepter la clause compromissoire qui y est éventuellement incluse, et qui en est « partie intégrante et indivisible » (68). Ceci paraît particulièrement vrai dans l'optique de la Cour de cassation qui se refuse à admettre son autonomie en droit interne (69).

L'objection tirée du fait que la clause compromissoire n'est pas en soi un acte d'administration, mais bien un acte de disposition, est inopérante en la matière. Les pouvoirs dits « d'administration » se déduisent alors de « notions beaucoup plus particulières à la matière, telle la nature de la société, son but et son objet » (70).

Une étude spéciale à l'arbitrage insiste sur le fait que chez les auteurs et dans la jurisprudence « l'on est conduit à admettre que le mandat donnant au mandataire l'administration des biens, celui-ci ne peut l'exercer efficacement, s'il n'a sur eux un pouvoir de disposition (71). La Cour de Paris dans son arrêt du 7 juin 1955 a fort justement déclaré, à propos des pouvoirs d'un gérant de société à responsabilité limitée, que ceux-ci « englobent à la fois tous actes de disposition ou d'administration, entre lesquels d'ailleurs le droit commercial ne distingue guère ».

405. — Encore faut-il considérer l'étendue des pouvoirs conférés au mandataire social ; le compromis n'est possible, sans autorisation particulière, que si l'objet du litige entre dans ses attributions.

La jurisprudence a eu à se prononcer d'abord sur la société à responsabilité limitée. Le problème ici est simplifié par l'article 24, alinéa 2, de la loi du 7 mars 1925, qui donne à ses gérants les pouvoirs les plus étendus pour « agir au nom de la société en toute circonstance ». C'est d'ailleurs ce que relevait la Cour de Paris dans l'arrêt du 7 juin 1955,

(68) Paris, 7 juin 1955.

(69) Voir *supra*, n° 325 et ss.

(70) Verdot, « La notion d'acte d'administration en droit privé français », 1963, n° 157 et ss. ; n° 159. Voir également Berr, « L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales », 1961, n° 77, 96, 105, 121 et ss.

(71) Dalsace, art. préc., p. 38.

et la méconnaissance de cette disposition figurait au premier chef des critiques adressées par M. Mezger à la décision rendue par la Cour de Douai le 8 juillet 1954 (72).

Quant au Président Directeur général de société anonyme, pour lequel la loi est muette, la possibilité de compromettre dépend à la fois des statuts et de l'objet de la société (73). La Cour de Paris a admis que les solutions dégagées doivent s'étendre sans difficulté au Directeur général adjoint, si ses pouvoirs n'ont pas été expressément limités (74).

L'étendue des pouvoirs des dirigeants de la société anonyme est limitée de la façon suivante : lorsque la clause compromissoire est sans relation avec l'objet social, il faut une autorisation spéciale de l'assemblée générale extraordinaire. Cette autorisation doit être expresse et ne découle pas de celle du contrat dans lequel la clause est insérée (75).

406. — Il faut donc, pour se passer d'une habilitation spéciale, que le compromis concerne un litige rentrant dans l'exploitation commerciale, et la jurisprudence le vérifie très scrupuleusement. La Cour de Paris, le 4 juillet 1957, saisie de la non-exécution d'un contrat d'interprétation passé par la société productrice de scénarios et de films, mentionne avec soin que « semblable contrat se rattache sans contestation possible aux opérations en vue desquelles la société s'est précisément formée, qu'elle a expressément pour objet, et qui rentrent dans la catégorie des affaires courantes ». C'est, dans les mêmes termes, l'analyse faite par l'arrêt du 20 juin 1957 à propos d'un litige dont l'origine se trouve dans le marché de construction d'un navire, par l'arrêt du 24 mars 1960, statuant sur l'interprétation des conditions d'exécution d'un contrat de vente relatif à des produits ou tous produits d'abattoirs, et par l'arrêt du 12 février 1963, quant à la livraison de plants de pommes de terre (76).

407. — Une fois admis que le litige est étroitement lié à l'objet de la société, il faut ensuite analyser les pouvoirs des dirigeants de celle-ci.

Si le conseil confère au Président Directeur général, « tous les pouvoirs nécessaires pour l'administration de la société » (77), même lorsqu'il ne peut, en vertu des statuts, en déléguer d'autres que ceux indispensables à « la gestion normale et courante » (78) ; on ne saurait concevoir une telle fonction « sans attribuer à celui qui en est régulièrement investi

(72) Mezger, note préc. sous Douai 8 juill. 1954.

(73) En ce sens, Hébraud, *Rev. tr. dr. civ.*, 1958, p. 127 ; Rault, *Rev. tr. dr. com.*, 1958, p. 565 ; F.G., note sous Com. 25 mai 1959, D. 1959, p. 557.

(74) Paris, 20 juin 1957, préc. ; 24 mars 1960, préc. Sur la controverse suscitée par la possibilité de délégation générale, voir note Goré, sous Paris, 20 juin 1957, D. 1958, p. 374, et note Derrida, sous Paris 20 juin 1957, J.C.P. 1958, II, 10 346.

(75) En ce sens, Rault, obs. préc.

(76) Voir aussi Paris 7 mai 1963, *Rev. arb.*, 1963, p. 138.

(77) Paris, 4 juill. 1957, préc.

(78) Paris, 20 juin 1957, préc.

tous les pouvoirs qui lui sont nécessaires pour expédier seul les affaires courantes de la société et représenter le Conseil dans ces affaires » (79).

408. — Il est, selon nous, important de souligner que le Président Directeur général ne tient pas ses pouvoirs des statuts seuls, mais aussi de la loi.

L'article 2 de la loi du 16 novembre 1940, modifié par la loi du 4 mars 1943, lui confie la direction de la société, et l'arrêt de la Chambre civile, du 4 juin 1946 (80), en a déduit que « la Société anonyme est une société dont les organes sont hiérarchisés et dans laquelle l'administration est exercée par un conseil élu par l'assemblée générale ; qu'il n'appartient donc pas à l'assemblée générale d'empiéter sur les prérogatives du Conseil en matière d'administration ». Cet arrêt consacre, de l'avis général, non seulement la hiérarchisation, mais la spécialisation des organes de la société. On a écrit : « l'Assemblée Générale ne pourra pas s'immiscer dans l'administration de la société, pas plus » — et c'est ici le point important — « que le Conseil ne pourra priver son Président des pouvoirs nécessaires à la direction de celle-ci » (81).

409. — Certains auteurs (82), en partant de ce point de vue, critiquent les décisions de la Cour de Paris, qui n'ont pas reconnu au Président Directeur général le pouvoir de compromettre sans mandat formel de l'assemblée générale ou des statuts.

La Cour de Paris, les 4 juillet 1957, 24 mars 1960 et 12 février 1963, affirme en effet simplement qu'il faut des dispositions statutaires ou des décisions du Conseil expressément contraires pour priver les dirigeants de la société anonyme du pouvoir de compromettre.

Il y a là cependant, suivant une remarque, « l'établissement d'une présomption de pouvoir pour le mandataire social, qui ne pourrait être détruite que par une expression contraire, mais formelle » (83).

410. — La jurisprudence sur les pouvoirs des mandataires sociaux mérite approbation :

— Sur le plan pratique, elle évite l'abus de procédés d'une mauvaise foi souvent choquante, que l'on relève par exemple dans l'arrêt de la Cour de Nancy du 29 janvier 1958 ; l'efficacité de l'arbitrage en droit international ne peut qu'y gagner, car l'attitude contraire risque, ainsi qu'on l'a souligné de « rendre les sociétés françaises suspectes sur certains marchés étrangers » (84).

— En théorie, on se heurte, il est vrai, à l'exigence d'une véritable spécialité du mandat pour compromettre. Mais il est admis aujourd'hui que la référence au mécanisme du mandat n'est pas suffisante pour expli-

(79) Paris, 24 mai 1960 ; 12 fév. 1963 ; 7 mai 1963, préc.

(80) Civ., 4 juin 1946, S. 1947, I, p. 153, note Barbry ; J.C.P. 1947, II, 3 518, note Bastian ; *Journal Soc.*, 1946, p. 374, note P.B.

(81) Barbry, note sous l'arrêt.

(82) Notamment Dalsace, art. préc.

(83) Robert, n° 21.

(84) Mezger, note sous Nancy, 29 janv. 1958, *Rev. crit. dr. int.* pr., 1958, p. 154.

quer les pouvoirs des dirigeants de société ; il est acquis que celle-ci est une véritable institution, et que par conséquent, le Président Directeur général est nanti de pouvoirs propres, qui ne sont pas l'exercice d'un mandat, mais d'une fonction. Dans cette optique, la position actuelle de la jurisprudence se trouve parfaitement justifiée (85).

(85) En ce sens, Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1958, p. 127 ; Rault, *Rev. tr. dr. com.*, 1958, p. 565 ; Dalsace, art. préc., p. 38.

TROISIEME PARTIE

LA RENCONTRE DES DEUX INFLUENCES

411. — C'est au niveau des voies de recours qu'influence contractuelle et influence juridictionnelle s'équilibrent théoriquement.

Les problèmes posés par les voies de recours en matière arbitrale sont parmi les plus irritants, pour la pratique comme pour l'esprit. En effet, lorsque les parties décident d'utiliser les voies de recours, c'est que l'arbitrage a échoué ; la bonne volonté et l'esprit de concorde ont complètement disparu. Insatisfait du résultat, le plaideur qui porte la sentence devant les tribunaux ordinaires va, la plupart du temps, se livrer à la mise en œuvre de tous les recours possibles.

Or, ces recours, en droit interne comme en droit international, sont aménagés de telle façon que le plaideur de mauvaise foi y trouve, pour reprendre l'expression d'un auteur (1) « un arsenal parfaitement rempli ».

412. — En droit interne, la difficulté et la complexité des voies de recours viennent principalement du fait que l'origine conventionnelle de l'arbitrage a incité le législateur à donner une très grande liberté aux parties pour la conclusion du compromis et l'organisation de l'arbitrage.

Il a donc fallu en compensation, établir un contrôle rigoureux (2). On retrouve d'une part les voies utilisées contre les jugements, d'autre par celles qui sont particulières à l'arbitrage à cause de son origine contractuelle, et qui sont soumises à un double degré de juridiction. A ces multiples recours s'ajoutent ceux dont l'ordonnance d'exequatur peut être l'objet. Ils ont une importance considérable à l'heure actuelle, car l'ordonnance est elle-même le préalable de toute voie de recours.

413. — Malgré le nombre extravagant des instances judiciaires auxquelles la sentence est susceptible d'être soumise, il faut cependant noter le laconisme du Code sur leurs conditions d'ouverture et leur agencement. Le rôle ainsi dévolu à la jurisprudence ne fut pas entièrement couronné de succès. Son incessant travail a manqué d'homogénéité et de continuité ; on y relève tour à tour le respect de l'arbitrage avec le désir de lui donner toute la vigueur nécessaire, en harmonie

(1) Bredin, « La paralysie des sentences arbitrales étrangères par l'abus des voies de recours », *Clunet* 1962, p. 638 ; un très bon exemple en est donné par l'arrêt de la Cour d'Orléans du 15 mai 1961 (*Rev. crit. dr. int. pr.*, 1961, p. 778, note Mezger ; *Clunet* 1961, p. 142) où sept recours sont exercés simultanément.

(2) En ce sens, Hébraud, « L'arbitrage en droit français », *Annales de la Faculté de Droit de Toulouse*, 1954, p. 24.

avec la protection des parties qui ont renoncé aux garanties de la justice officielle sans mesurer toujours les conséquences de cette renonciation, et l'hostilité à l'égard d'une juridiction privée qui n'offre que des déboires. C'est à juste titre, croyons-nous, qu'on a pu dénoncer « une certaine confusion que la jurisprudence n'arrive pas à faire cesser » (3). La remise en ordre devient urgente. Tous les auteurs, qui s'attaquent au problème des voies de recours en matière d'arbitrage, le constatent dès l'abord (4), et parlent « d'inextricable dédale, d'inéluctable complication, de broussailles où justiciables et magistrats risquent de s'égarer à chaque pas ».

414. — En droit international, la question des voies de recours est encore plus cruciale. Un auteur a dit, reflétant sur ce point la pensée unanime de la doctrine : « si le système des voies de recours à l'encontre des sentences françaises se déploie dans une certaine confusion, il s'édifie à l'encontre des sentences arbitrales étrangères, dans l'incohérence et la complexité » (5). Le problème est d'ailleurs rendu aigu par la gêne que constitue notre système de recours pour le développement de l'arbitrage international. Si les voies de recours contre la sentence étrangère méritent de telles critiques, c'est en grande partie à cause de la théorie de l'assimilation des sentences étrangères aux sentences françaises, assimilation prônée par la Cour de cassation dans le célèbre arrêt *Roses* du 27 juillet 1937 (6), à propos d'exécution des sentences étrangères. Cette solution fut étendue aux voies de recours, car, aux abondantes dispositions concernant les sentences françaises, s'oppose une absence totale de réglementation vis-à-vis des sentences étrangères, que le législateur a complètement ignorées.

415. — L'assimilation, critiquée à juste titre sur le plan théorique (7), est heureuse dans certains de ses résultats pratiques, en ce qu'elle fait bénéficier les sentences étrangères de la procédure simplifiée de l'exequatur des sentences françaises (8). Mais elle conduit d'autre part à des absurdités, que l'on ne peut admettre (9). Les voies de recours des jugements qui participent d'un système national, comme l'appel et la requête civile dans notre droit, sont évidemment inapplicables à une

(3) Cuhe et Vincent, n° 626.

(4) Cuhe et Vincent, *ibidem* ; Hébraud, art. préc. et notes *Rev. tr. dr. civ.*, 1956, p. 397 ; 1960, p. 347 ; 1962, p. 161 ; Raynaud, obs., *Rev. tr. dr. civ.*, 1955, p. 380 ; Motulsky, note sous Paris 5 janv. 1961, J.C.P. 1962, II, 12 204 ; note sous Paris 9 déc. 1955, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1956, p. 523 ; note sous Paris 30 mai 1963, J.C.P. 1963, II, 13 338 ; Bredin, art. préc. et note sous Aix, 25 fév. 1958, *Clunet* 1959, p. 1 142.

(5) Bredin, art. préc., p. 648. Dans le même sens, Hébraud, *Rev. tr. dr. civ.*, 1958, p. 668 ; Motulsky, note sous Paris 22 janv. 1954, J.C.P. 1955, II, 8 566.

(6) Req. 27 juil. 1937, D. 1938, I, p. 25 ; S. 1938, I, p. 25 ; G.P. 1937, 2, p. 618 ; J.C.P. 1937, II, 449 ; *Clunet* 1938, p. 86.

(7) Voir *supra*, n° 105 et ss.

(8) Voir *infra*, n° 456 et ss.

(9) En ce sens, Mezger, note sous Paris 22 janv. 1954, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1955, p. 165 ; Bredin, art. préc.

décision arbitrale qui appartient à un système juridictionnel étranger, et les voies de recours liées à l'aspect contractuel de l'arbitrage en subiront une certaine transformation, puisqu'elles auront à assurer en outre le contrôle de la sentence.

En définitive, la théorie de l'assimilation a conduit les tribunaux à édifier un système entièrement autonome. Mais ce système ne peut qu'être complexe, car son point de départ reste le régime des voies de recours contre les sentences françaises, déjà insatisfaisant par lui-même et l'adaptation de celui-ci aux sentences étrangères ne peut se faire d'une façon logique, car le régime des voies de recours contre les sentences arbitrales étrangères repose sur l'inexactitude fondamentale, de l'arrêt *Roses* : le refus de distinguer les sentences étrangères et les sentences françaises. Cette position, dont les auteurs soulignent, en même temps que les heureuses conséquences pratiques, le peu de base logique (10), a été érigée en dogme par certaines juridictions (11). Alors que la jurisprudence antérieure, et notamment celle des arrêts de base en la matière (12), avait toujours marqué les limites de cette assimilation par des formules prudentes (13), les décisions récentes, surtout dans la querelle qui entoure l'autorité de la chose jugée (14), perdent toute mesure et affirment, quant à la nature juridique de la sentence, que celle-ci « garde son caractère de décision juridictionnelle d'ordre privé » (15) aussi bien qu'elle « présente un caractère contractuel et non juridictionnel » (16).

Le problème posé par les voies de recours en devient indirectement compliqué, et la théorie de l'assimilation, regrettable lorsqu'elle est fondée sur autre chose que la simple opportunité, ne peut que refléter et augmenter, sur le plan international, les difficultés que l'on rencontre en droit interne.

416. — Or, et c'est là que réside finalement l'origine de toutes les difficultés, le problème trouve sa source dans la nature de l'arbitrage. Quelle que soit la position théorique des auteurs sur la part de l'élément contractuel et de l'élément juridictionnel, il est bien certain que les rédacteurs du Code de procédure civile ont entendu tenir compte de ces deux composantes dans l'admission des recours contre la sentence. S'agissant d'un acte juridictionnel, elle doit être soumise aux voies de recours ouvertes contre les jugements, mais le compromis étant la base de la sentence, une action en nullité, l'opposition à l'ordonnance d'exequatur, permet de faire valoir les vices inhérents au compromis. En fait, l'opposition à l'ordonnance d'exequatur semble bien, comme

(10) Voir *supra*, n° 105 et ss.

(11) Par ex. : Caen, 22 oct. 1959, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1960, p. 597, note Mezger.

(12) Req. 8 déc. 1914, D.P. 1916, 1, p. 194 ; Clunet 1916, p. 1218 ; Req. 9 juil. 1928, D.P. 1928, 1, 173, note Crémieu ; S. 1930, 1, 17, note Niboyet ; Req. 27 juil. 1937, préc.

(13) Voir *supra*, n° 112.

(14) Voir *infra*, n° 515 et ss.

(15) Paris, 4 janv. 1960, *Rev. arb.*, 1960, p. 122.

(16) Caen, 22 oct. 1959, préc.

nous aurons l'occasion de le montrer, n'avoir été, dans l'esprit du législateur, qu'un moyen de défense à exécution, les voies de recours prévues l'étant en fonction du caractère juridictionnel de la sentence.

Mais un des apports de la jurisprudence a été précisément d'ériger ce moyen de défense à exécution en une véritable voie de recours. A l'heure actuelle, la présentation classique de la question qui nous occupe consiste à distinguer les voies de recours calquées sur celles ouvertes contre les jugements et les voies de recours admises en fonction de l'origine contractuelle de la sentence (17).

417. — Cette dualité est à l'origine de la plupart des complications et des difficultés que l'on rencontre. Au niveau de l'ordonnance d'exequatur, qui, dans la jurisprudence récente, introduit la sentence dans le système juridictionnel, la composante contractuelle doit être prise en considération et il est logique qu'elle ait comme conséquence un régime spécial de cette ordonnance. Mais à partir du moment où il s'agit des voies de recours contre la sentence elle-même, la prétention de tenir compte également des deux éléments n'amène que des complications ; l'autonomie de l'arbitrage se manifeste avec force. L'étude des voies de recours calquées sur celles ouvertes contre les jugements montre qu'elles ont subi une transformation radicale dans leur application à l'arbitrage et qu'elles apparaissent avec une physionomie vraiment originale. Pour le faire apparaître, nous grouperons nos développements en trois chapitres :

Chapitre I. — La physionomie particulière des voies de recours en matière d'arbitrage.

Chapitre II. — L'ordonnance d'exequatur et le contrôle de la sentence.

Chapitre III. — L'agencement des voies de recours contre la sentence arbitrale.

(17) Voir par ex. : Motulsky, note sous Paris 5 janv. 1961, préc.

CHAPITRE I

LA PHYSIONOMIE PARTICULIERE DES VOIES DE RECOURS EN MATIERE D'ARBITRAGE

418. — Les voies de recours contre la sentence revêtent un caractère si particulier que les classifications habituelles ne peuvent s'appliquer. La distinction des voies de réformation et de rétractation se trouve bouleversée ici en raison de la compétence particulière des arbitres limitée à l'objet du litige ; le prononcé de la sentence entraînant le dessaisissement des arbitres, il ne sera pas possible de revenir devant eux (1).

Certaines voies de recours sont également exclues par la nature même de l'arbitrage. Le désaveu n'a pas lieu d'être, puisqu'il n'y a pas de ministère d'avoués. La prise à partie n'est pas ouverte ; la Cour de cassation, qui l'avait admise le 12 février 1850 (2), la repousse, au contraire, le 29 janvier 1960 (3), en déclarant que l'action en dommages et intérêts dirigée contre les arbitres, qui ne sont investis d'aucune fonction publique, ne peut l'être que dans les termes du droit commun. Il est remarquable que la Cour ne conteste pas la qualité de juge des arbitres, mais se fonde sur la technique de la prise à partie et sur ses incidences pécuniaires ; le succès de l'action entraîne le paiement des dommages et intérêts par l'Etat, civilement responsable de ses propres juges. Il semble donc que les voies de recours ouvertes contre les jugements sont bien en principe ouvertes contre les sentences, sauf disposition contraire, et que, pour la Cour, la sentence est un acte juridictionnel.

Le Code de procédure civile exclut expressément l'opposition, qui paraît inutile en la matière. La participation des parties au compromis implique évidemment la connaissance du litige ; de plus, si les arbitres jugeaient sans que l'une des parties ait produit ses pièces (4), les délais

(1) La seule exception est le cas où la sentence est entachée d'erreurs matérielles : il ne s'agit pas d'ailleurs d'une véritable entorse à la règle : Robert, n° 194, 2.

(2) Req. 12 fév. 1850, D. 1850, I, p. 311 ; S. 1851, I, p. 97, note Devilleneuve.

(3) Civ. 29 janv. 1960, D. 1960, p. 262 ; J.C.P. 1960, IV, 3 626 ; *Rev. arb.*, 1960, p. 121 ; *Rev. tr. dr. civ.*, 1960, p. 348, obs. Hébraud.

(4) Glasson, Tissier, Morel, T. V., n° 1 828.

de l'article 1016 n'étant pas expirés, il y aurait violation des droits de la défense, et donc possibilité d'appel malgré toute renonciation éventuelle (5).

La présentation des voies de recours qui s'appliquent à l'arbitrage, sera faite dans l'ordre suivant :

Section 1. — Les voies de recours extraordinaires.

Section 2. — L'appel.

Section 3. — L'opposition à l'ordonnance d'exequatur.

SECTION I

LES VOIES DE RECOURS EXTRAORDINAIRES

419. — Il s'agit ici d'une part de la requête civile et de la tierce opposition, lesquelles sont recevables en principe contre la sentence, mais peu usitées, et d'autre part du pourvoi en cassation, irrecevable contre la sentence, mais admis contre toutes les décisions des tribunaux ordinaires ayant eu à connaître des recours contre la sentence :

§ 1. — Requête civile et tierce opposition.

§ 2. — Le pourvoi en cassation.

§ 1. *Requête civile et tierce opposition.*

420. — Ce sont là des voies de recours assez peu employées, pour des motifs très différents.

La requête civile, prévue expressément par l'article 1026 du Code de procédure civile, se trouve profondément modifiée dans son caractère de voie de rétractation. L'affaire ne revient pas devant la juridiction qui a rendu la décision, mais devant celle qui eût été compétente pour connaître de l'appel ; de plus, le tribunal saisi ne se prononcera pas seulement sur le rescindant, mais aussi, s'il y a lieu, sur le rescisoire. L'affaire ne peut, en aucun cas, être de nouveau soumise aux arbitres, dessaisis par le prononcé de la sentence.

Conformément au droit commun, la requête civile doit être formée seulement contre une décision rendue en dernier ressort. Certains auteurs pensent que l'action n'est ouverte que lorsque les parties ont renoncé à l'appel (6). L'arrêt rendu par la Cour de cassation du 8 novembre 1922 (7) semble en ce sens ; il déclare irrecevable la requête civile, au

(5) Voir *infra*, n° 430.

(6) Robert, n° 213 ; Glasson, Tissier, Morel, T. V, n° 1846.

(7) Req. 8 nov. 1922, D. 1923, 1, p. 12.

motif que les parties avaient renoncé généralement aux voies de recours.

D'autres auteurs nous paraissent plus justement soutenir que l'exigence d'une décision rendue en dernier ressort se traduit par le fait que la requête civile est possible seulement contre la décision rendue sur appel (8). En effet, lorsque les parties ont renoncé aux voies de recours, l'appel est toujours possible pour les causes affectant l'ordre public (9). En outre, le pourvoi en cassation est exclu contre la sentence précisément parce qu'elle n'est pas considérée, même en cas de renonciation aux voies de recours, comme une décision rendue en dernier ressort (10).

421. — On suit, pour les formes et délais, les règles applicables à la requête civile contre les jugements. Cependant, l'article 1027 du Code de procédure civile écarte celle-ci dans deux cas, pour inobservation des formes — lorsque les arbitres étaient dispensés de les observer —, et s'il a été prononcé sur choses non demandées, parce que c'est un cas d'ouverture de l'opposition à l'ordonnance d'exequatur (11).

La requête civile, déjà peu employée en droit commun, à cause des difficultés qu'elle entraîne (12), est pratiquement inusitée en matière d'arbitrage ; les parties y renoncent la plupart du temps. Cette renonciation, bien que non prévue expressément par le Code de procédure civile, est admise par les auteurs (13) et par la jurisprudence (14). Elle peut être incluse dans une renonciation générale aux voies de recours ; en effet, les parties, en renonçant à l'appel, se ferment les voies extraordinaires qui ne sont ouvertes que contre les décisions en dernier ressort (15). Bien entendu, la renonciation serait inopérante dans le cas prévu par l'article 480, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile, c'est-à-dire en présence d'un dol ou d'une fraude, et pour des motifs d'ordre public (16).

La requête civile n'est pas ouverte contre une sentence étrangère, pour les raisons qui rendent l'appel impossible contre cette sentence, et que nous retrouverons à propos de l'appel.

422. — La tierce opposition, malgré l'absence de texte, est admise en général sans difficultés (17).

(8) Cuche et Vincent, n° 631 ; Morel, n° 738.

(9) Voir *infra*, n° 430.

(10) Voir *infra*, n° 423.

(11) Sur les obscurités provoquées par l'article 1027, voir Robert, n° 138 ; Glasson, Tissier, Morel, T. V, n° 1846.

(12) Notamment par les interférences de son domaine avec celui du pourvoi en cassation : Cuche et Vincent, n° 458 et ss.

(13) Garçonnet et Cézard-Bru, T. VIII, n° 314 ; Glasson, Tissier, Morel, T. V, n° 1846 ; Robert, n° 50 et 214.

(14) Req. 8 nov. 1922, préc. et réf. sous l'arrêt ; Civ. 18 sept. 1940, D. H. 1940, p. 141 ; S. 1941, I, p. 32.

(15) Cuche et Vincent, n° 629.

(16) Req. 8 nov. 1922, préc. ; Civ. 18 sept. 1940, préc.

(17) Cuche et Vincent, n° 631 ; Morel, n° 738 ; Garçonnet et Cézard-Bru, T. VIII, n° 324 ; Glasson, Tissier, Morel, T. V, n° 1847 ; Robert, n° 231 ; Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1959, p. 659.

On avait vu dans l'article 1022 du Code de procédure civile une interdiction, alors qu'il semble en fait affirmer simplement l'autorité de la chose jugée qui s'attache à la sentence. L'application de la tierce opposition à l'arbitrage a pour effet de transformer complètement la physionomie de cette voie de recours. Elle ne peut ramener l'affaire devant les arbitres à cause du dessaisissement opéré par le prononcé de la sentence. De plus, le tribunal disposera d'un complet pouvoir d'appréciation, non seulement quant à l'usage que l'arbitre a fait de ses pouvoirs, mais quant à leur principe même, car le tiers opposant « peut prétendre, quand il s'attaque à une sentence arbitrale, se soustraire à un pouvoir qu'il n'a pas consenti » (18).

C'est peut-être une des raisons de la rareté de cette voie de recours (19). La seule décision, à notre connaissance, ayant statué sur une tierce opposition, est un jugement du tribunal civil de la Seine, du 18 mars 1958 (20).

§ 2. — *Le pourvoi en cassation.*

423. — L'article 1028 du Code de procédure civile déclare expressément qu'« il ne pourra y avoir recours en cassation que contre les jugements des tribunaux rendus soit sur requête civile, soit sur appel d'un jugement arbitral ».

La jurisprudence a eu, à maintes reprises, l'occasion d'affirmer l'irrecevabilité du pourvoi contre la sentence elle-même (21).

L'exclusion du pourvoi en cassation tient à deux sortes de motifs.

Il s'agit d'une voie de recours extraordinaire, qui, de ce fait, n'est admise que contre les décisions rendues en dernier ressort. Or l'appel est toujours possible contre une sentence arbitrale, quel que soit le taux du litige, et la renonciation ne suffit pas à donner à la sentence le caractère de décision rendue en dernier ressort (22).

Le problème s'est posé à propos notamment des institutions d'arbitrage, qui prévoient généralement un « appel » devant une commission arbitrale du second degré (23). Certains arrêts y voyaient un véritable appel, et par conséquent refusaient de connaître des sentences rendues par ces commissions au motif qu'il y avait eu trois degrés de juridic-

(18) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1959, p. 659.

(19) Motulsky, *Cours de Doctorat*, Rabat, 1960.

(20) Tr. civ. Seine, 1^{re} ch., 18 mars 1958, G. P. 1958, 1, p. 430 : Des associés avaient donné leurs actions en remboursement de dettes dues aux malversations qu'ils avaient commises, et l'arbitrage, auquel ils n'étaient évidemment point parties, portait sur l'évaluation des actions, risquant ainsi de leur causer un préjudice.

(21) Req. 29 nov. 1937, G. P. 1938, 1, p. 117 ; 7 déc. 1937, G. P. 1937, 2, p. 931 ; D. H. 1938, p. 8 ; S. 1938, 1, p. 69 ; Civ. 2 août 1943, G. P. 1943, 2, p. 157 ; Com. 16 mai 1944, D. A. 1945, p. 32 ; 10 nov. 1947, D. 1948, p. 16 ; J.C.P. 1947, II, 3 968 ; Civ. 16 juil. 1953, *Bull.* II, n° 255, p. 157 ; D. 1953, p. 574 ; Com. 30 juil. 1951, *Bull.*, n° 259, p. 196 ; 1^{er} fév. 1954, *Bull.*, n° 31, p. 21 ; D. 1954, som., p. 25 ; Soc. 25 juin 1959, *Bull.*, n° 810, p. 648.

(22) Glasson, Tissier, Morel, T. V, n° 1 846.

(23) Voir *supra*, n° 209 et ss.

tion (24). La Cour de cassation considère, à juste titre, que ce deuxième degré d'arbitrage n'est pas un véritable appel (25) ; la sentence n'est donc pas une décision rendue en dernier ressort puisque l'appel reste toujours possible pour les causes affectant l'ordre public (26).

424. — La nature de l'arbitrage, qui ne s'inscrit pas dans le système juridictionnel, est peut-être, en définitive, la raison majeure du refus du pourvoi. C'est la sentence elle-même qui est visée (27) ; il est évident que la Cour de cassation, qui juge en droit, peut difficilement connaître de l'application de règles qui ne sont pas toujours des règles de droit strict.

On voit d'ailleurs mal le contrôle que pourrait exercer cette juridiction régulatrice sur une sentence rendue par d'amiabiles compositeurs.

L'autonomie de l'arbitrage exclut donc le pourvoi en cassation, plus encore que l'exigence d'une décision rendue en dernier ressort. L'article 1010 du Code de procédure civile prévoit la possibilité de compromettre sur appel : en ce cas, il n'y a plus d'appel possible, et le pourvoi n'est cependant pas admis. De même, la Cour de cassation a affirmé l'irrecevabilité du pourvoi contre les décisions de la Commission arbitrale des journalistes, prévue par l'article 29 d, du Code du Travail, qui exclut l'appel, alors qu'il s'agit pourtant d'une décision rendue en dernier ressort (28).

425. — En revanche, dès l'instant qu'un recours est prévu, qui porte ladite sentence devant les tribunaux ordinaires, les décisions rendues par ceux-ci sont susceptibles de pourvoi.

L'article 1028 du Code de procédure civile vise seulement les décisions rendues sur appel et sur requête civile, mais le pourvoi est également admis contre l'appel du jugement rendu sur opposition à ordonnance d'exequatur (29). Il n'en est pas fait mention, car, dans l'esprit des rédacteurs du Code, il s'agissait d'une simple défense à exécution, dont l'appel était par conséquent inusité. Le 10 novembre 1947 (30), la Cour de cassation réaffirmait « qu'à défaut de toute disposition législative formelle contraire, doit être reçu, conformément au droit commun, le recours en cassation contre une décision d'appel rendue dans une instance en nullité d'une sentence arbitrale formée par la voie d'opposition à l'ordonnance d'exécution de ladite sentence ».

Le contrôle de la Cour de cassation, s'il ne s'exerce pas directement sur la sentence, est cependant très important puisqu'il porte sur

(24) Par ex. Paris 19 oct. 1953, D. 1953, p. 703 ; Bordeaux 4 juin 1958, cassé par Civ. 3 nov. 1960, *Bull.* II, n° 633, p. 431.

(25) Com. 30 juil. 1951 et 1^{er} fév. 1954, préc.

(26) Voir *infra*, n° 430.

(27) En ce sens Motulsky, cours préc. ; note sous Paris 5 janv 1961, préc.

(28) Civ. 2 août 1943 et Soc. 25 juin 1959, préc.

(29) Req. 7 déc. 1937 ; Civ. 16 juil. 1953 ; Com. 10 nov. 1947, préc.

(30) Com. 10 nov. 1947, préc.

toutes les voies de recours dont celle-ci est susceptible de faire l'objet. C'est pourquoi la renonciation générale aux voies de recours peut être dangereuse, car elle prive les parties des garanties offertes par la Cour suprême, et, la plupart du temps, sans qu'elles en soient pleinement conscientes au moment de cette renonciation. Heureusement, celle-ci est inopérante en cas d'atteinte à l'ordre public.

SECTION II

L'APPEL CONTRE LA SENTENCE ARBITRALE

426. — L'appel est « la voie de recours par excellence en matière d'arbitrage » (31). Cette affirmation, parfaitement exacte sur le plan du droit interne, ne l'est plus en droit international privé, où l'exclusion de l'appel est la règle absolue. Nous verrons successivement :

§ 1. — L'appel contre la sentence française.

§ 2. — L'exclusion de l'appel contre la sentence étrangère.

§ 1. — *L'appel contre la sentence française.*

L'appel revêt, en ce domaine, une physionomie très particulière. L'article 1023 du Code de procédure civile prévoit que l'appel est toujours possible, quel que soit le taux du litige. D'après ce texte, il est porté devant le Tribunal de grande instance pour les matières qui auraient été de la compétence du Tribunal d'instance s'il n'y avait point eu d'arbitrage, et devant la Cour d'appel pour les matières qui auraient été de la compétence du Tribunal de grande instance. L'appel est donc toujours envisagé, sauf dans le cas prévu par l'article 1010, alinéa 2, du Code de procédure civile, lorsque les parties ont compromis sur appel ou sur requête civile ; en effet, les deux degrés de juridictions sont alors épuisés.

L'ouverture de l'appel quel que soit le taux du litige s'explique peut-être par la méfiance que suscitent les arbitres, juges occasionnels, qui ne présentent pas les mêmes garanties que les magistrats ; mais la crainte de voir les parties regretter un compromis passé inconsidérément en est la raison principale (32).

Il paraît d'ailleurs opportun que les parties puissent toujours bénéficier de l'appel. Le succès de l'arbitrage dépend de la confiance que l'on a dans l'institution, et cette confiance peut être quelquefois fondée sur la certitude d'un contrôle de la justice étatique.

(31) Motulsky, Cours préc.

(32) Glasson, Tissier, Morel, T. V, n° 1843 ; Robert, n° 207.

427. — Le texte de l'article 1023 du Code de procédure civile n'est pas en harmonie avec la réforme du 22 décembre 1958 (33) qui a entendu faire de la Cour d'appel la seule juridiction du second degré. Il semble bien qu'il s'agisse d'une omission, mais, alors que certains auteurs pensent qu'en l'absence de texte législatif exprès, il faut continuer à appliquer à la lettre l'article 1023 (34), d'autres estiment nécessaire de mettre l'article 1023 à la page de la réforme et de déférer tous les appels à la Cour, suivant en cela l'idée de base des rédacteurs du Code, à savoir que l'appel doit être porté devant la juridiction qui aurait connu de l'affaire au second degré (35). Cette conception a été adoptée par le Tribunal de grande instance de Lille, le 22 janvier 1960 (36).

428. — On a pu se demander si les sentences rendues par les Chambres arbitrales, qui normalement comportent deux degrés de juridiction, étaient susceptibles d'appel.

Les Chambres arbitrales estiment que « la seule sentence est celle de la commission du second degré ». Le règlement intérieur de la Chambre arbitrale de Paris prévoit d'ailleurs, en son article 33, que les sentences sont prononcées au nom de la Chambre. Mais la Cour de cassation refuse, à ce point de vue, de considérer les chambres arbitrales comme de véritables arbitres (37).

C'est ce qui a conduit la Cour de Paris, après avoir admis l'appel des décisions des commissions arbitrales du deuxième degré, le 18 novembre 1952 et le 27 juillet 1953 (38), à le repousser, par l'arrêt du 19 octobre 1953 (39), au motif que la commission statuait elle-même en appel d'une décision rendue par la commission du premier degré.

La Cour de cassation, le 3 novembre 1960 (40) a cassé un arrêt de la Cour de Bordeaux, qui avait déclaré l'appel irrecevable contre une décision rendue par une commission du second degré, au motif qu'il y aurait, si l'appel était admis, un troisième degré de juridiction. La Cour suprême a considéré cette décision comme une sentence au second degré et non comme un appel (41).

En fait d'ailleurs, les arrêts dont nous venons de parler n'ont pas forcément admis une solution contraire. Dans les affaires soumises à la Cour de Paris le 19 octobre 1953 et à la Cour de Bordeaux le 4 juin 1958,

(33) Décret, 35.1284, art. 35.

(34) Robert, n° 208.

(35) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1960, p. 524.

(36) Tr. gr. inst. Lille, 22 janv. 1960, G. P. 1, p. 257 ; *Rev. arb.*, 1960, p. 56.

(37) Civ. 5 nov. 1936, G. P. 1936, 2, p. 942 ; Civ. 26 fév. 1941, S. 1941, 1, p. 53 ;

voir *supra*, n° 209 et s.

(38) Paris, 18 nov. 1952, D. 1952, p. 804 ; J.C.P. 1953, II, 7470, note G.J.V. ; 27 juil. 1953, D. 1953, p. 173.

(39) Paris, 19 oct. 1953, D. 1953, p. 703.

(40) Civ. 3 nov. 1960, *Bull.* 1960, II, n° 633, p. 431 ; *Rev. arb.*, 1961, p. 14 ; *Rev. tr. dr. com.*, 1961, p. 351, obs. Boitard ; *Rev. tr. civ.*, 1961, p. 726, obs. Hébraud.

(41) La Cour de Douai, le 12 mai 1961 (G. P. 1961, 2, p. 299) ne fait aucune difficulté pour admettre l'appel.

les parties avaient renoncé à l'appel de droit commun, en se soumettant au règlement d'une chambre arbitrale, alors que les arrêts de la Cour de Paris du 18 novembre 1952 et du 27 juillet 1953 statuaient sur des moyens d'ordre public, pour lesquels la renonciation n'est pas possible (42). Mais dans ce cas, il n'y a pas triple degré de juridiction, car la Cour ne peut statuer au fond (43).

429. — Si l'appel est toujours possible, il est de moins en moins fréquent ; en effet, les parties usent largement de la faculté de renonciation offerte par l'article 1010 alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile. Comme le dit un auteur, « le rôle principal qui appartenait à l'appel direct de droit commun s'est étioilé avec la pratique généralisée de la renonciation » (44).

L'usage de l'amiable composition, très répandu, implique d'ailleurs cette renonciation (45). Mais de plus, si les parties se réfèrent à l'arbitrage, ce n'est généralement pas pour revenir devant les juges ordinaires du second degré. L'arbitrage y perdrait en simplicité et en rapidité (46) ; il nous semble surtout que l'originalité de l'institution, qui permet de juger suivant des normes inconnues souvent de la juridiction officielle, s'accommode mal d'un retour devant des juges qui ne peuvent statuer que suivant les règles de droit.

L'arbitrage institutionnel, dont on connaît l'importance (47) est un des grands facteurs de la disparition de l'appel ; le règlement intérieur des chambres arbitrales prévoit généralement une renonciation aux voies de recours pour les parties qui s'y soumettent. Il est vrai que dans ce cas la renonciation est bien moins dangereuse, car on trouve auprès de ces institutions des garanties qui rendent moins pressantes celles offertes par les juridictions ordinaires.

La renonciation à l'appel, seulement éventuelle dans le Code, devient dans les faits la règle (48).

430. — Cependant, la renonciation est inopérante pour les causes affectant l'ordre public.

Et, parallèlement à la désaffection croissante des parties pour cette voie de recours, on note son rôle grandissant comme sanction de la violation de l'ordre public et des droits de la défense (49), ce qui est

(42) En ce sens Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1963, p. 584.

(43) Voir *infra*, n° 433.

(44) Hébraud, *Rev. tr. dr. civ.*, 1962, p. 163.

(45) Sur la difficulté soulevée par la coexistence d'une clause d'amiable composition et du maintien formel du droit d'appel, en ce sens que la clause d'appel doit prévaloir : Robert, n° 49 ; Garçonnet et César-Bru, T. VIII, n° 309 ; Glasson, Tissier, Morel, T. V, n° 1827.

(46) Robert, n° 207.

(47) Voir *supra*, n° 189 et ss.

(48) Motulsky, note sous préc. sous Paris 5 janv. 1961.

(49) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1962, p. 163 ; Motulsky, note préc.

d'ailleurs logique, les juridictions ordinaires étant naturellement amenées à renforcer leur contrôle dans la mesure où les parties veulent y échapper.

L'inefficacité de la renonciation lorsque l'ordre public est intéressé, est un principe d'origine purement jurisprudentielle, plus que centenaire, et réaffirmé très fréquemment (50). Une très large part est faite au respect des droits de la défense, qui constitue l'une des pièces maîtresses de la procédure (51). « Alors que la notion d'ordre public procédural revêt un caractère plus ou moins rigoureux, elle fait en revanche son apparition chaque fois qu'il est porté atteinte à la liberté de la défense », écrit M. le Doyen Vincent (52). « Cette limite est précieuse », poursuit l'auteur, « en particulier lorsque les parties ont affranchi un arbitre de l'obligation de se soumettre aux formes de la procédure en l'instituant amiable compositeur ».

431. — Une des principales manifestations de la violation des droits de la défense, que la jurisprudence sanctionne rigoureusement, est l'absence ou l'insuffisance de motifs (53). Les tribunaux déclarent qu'une sentence non motivée « n'a de sentence que le nom » (54).

Aucun texte ne prévoit l'obligation de motiver les sentences arbitrales ; on rattache cette exigence à l'article 141 du Code de procédure civile et à l'article 7 de la loi du 20 avril 1810 sur l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice ; ce texte prescrit que « les arrêts qui ne contiennent pas de motifs sont déclarés nuls ». La jurisprudence a étendu ces dispositions aux sentences arbitrales, parce qu'elles concernent un principe général et d'ordre public, le respect des droits de la défense (55). Il semble qu'en ce qui concerne les sentences rendues par les amiables compositeurs, il y ait eu quelques hésitations, mais la jurisprudence affirme à l'heure actuelle l'exigence

(50) Req. 8 janv. 1845, S. 1845, I, p. 185 ; 7 janv. 1857, D. 1857, I, p. 406 ; Civ. 18 janv. 1870, S. 1870, I, p. 156 ; 10 juil. 1958, *Bull.*, 1958, II, p. 344 ; 3 nov. 1960, *Bull.* 1960, II, p. 431 ; *Rev. arb.*, 1961, p. 14 ; Com. 10 nov. 1947, préc. ; Paris 21 juin 1893, D. 1894, 2, p. 35 ; 28 oct. 1922, D. 1923, 2, p. 196 ; 18 nov. 1952, D. 1952, p. 804 ; J.C.P. 1953, II, 7470, note G.J.V. ; 7 fév. 1957, D. 1957, p. 251 ; J.C.P. 1957, IV, p. 107 ; 10 mai 1957, G.P. 1957, 2, 98 ; *Rev. arb.*, 1957, p. 66 ; 8 juil. 1957, J.C.P. 1958, II, 10448, note Motulsky ; 12 déc. 1957, J.C.P. 1958, IV, p. 96 ; 27 fév. 1958, D. 1958, p. 489 ; 4 nov. 1958, *Rev. arb.*, 1958, p. 126 ; 8 mars 1960, *Rev. arb.*, 1960, p. 132 ; J.C.P. 1962, II, 12477 ; 17 mars 1960, D. 1960, p. 699 ; 5 janv. 1961, J.C.P. 1961, II, 12204, note Motulsky ; 19 mai 1961, J.C.P. 1961, II, 12329, note Boulbès ; 10 oct. 1961, *Rev. arb.*, 1962, p. 54 ; 24 nov. 1961, J.C.P. 1961, II, 12412, note R. B. ; Paris, 7 janv. 1963, *Rev. arb.*, 1963, p. 21 ; Aix, 14 mars 1963, 1963, D. 1963, p. 524.

(51) Voir par ex. : Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle. Le respect de la défense en procédure civile », Motulsky, *Mélanges Roubier*, T. I, p. 175.

(52) « La procédure civile et l'ordre public », *Mélanges Roubier*, T. I, p. 303, p. 314.

(53) Parmi les arrêts cités plus hauts : Paris 28 oct. 1922 ; 18 nov. 1952 ; 7 fév. 1957 ; 11 avr. 1957 ; 24 nov. 1961.

(54) Voir par ex. Aix, 16 oct. 1962, J.C.P. 1962, II, 12923, note Level.

(55) Paris, 24 nov. 1961, préc.

de la motivation, car « l'obligation pour un tribunal arbitral, comme d'ailleurs pour toute juridiction, d'énoncer les motifs sur lesquels se fonde sa décision est inconditionnelle et absolue » (56).

432. — L'appel en matière d'arbitrage revêt une physionomie très particulière. Il convient d'abord de distinguer soigneusement l'appel ordinaire de l'appel pour violation de l'ordre public et des droits de la défense.

L'appel ordinaire joue en principe comme pour les jugements ; il s'agit d'une voie de réformation. Mais l'effet dévolutif a des conséquences encore plus importantes que pour les jugements et atteint à la fois la sentence rendue par les arbitres et le compromis qui est à la base de leurs pouvoirs. La Cour de cassation, le 13 février 1961 (57) approuve la Cour de Douai (58) d'avoir annulé une sentence sur opposition à ordonnance d'exequatur, et d'avoir cependant jugé l'affaire au fond sur appel. Le premier degré de juridiction a été réalisé, malgré l'annulation de la sentence.

433. — L'appel, sanction d'une atteinte à l'ordre public, est encore bien plus original : il ne peut plus jouer comme voie de réformation, et la notion d'effet dévolutif lui est étrangère (59). La renonciation aux voies de recours implique la volonté formelle des parties de ne pas soumettre le fond du litige aux juridictions officielles dont elle supprime la compétence. Aussi l'appel prend-il un aspect nouveau, il apparaît comme une véritable action en nullité.

Le développement de l'appel voie de nullité a conduit un auteur, devant le rôle de tout premier plan de cette voie de recours en tant qu'institution protectrice de la légalité, à souligner l'analogie qui existe entre l'appel en cette matière et le pourvoi en cassation, qu'il remplace en son absence : « cela est si vrai que le défaut de motif au sens technique du terme (absence de réponse à un chef distinct du litige) qui constitue, on le sait, l'une des ouvertures les plus importantes au recours en cassation, est, en tant qu'infraction à l'ordre public, à son tour justiciable de l'appel » (60). Cette comparaison semble promise

(56) *Ibidem* ; contre la motivation des sentences rendues sur amiable composition, on cite l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 8 janv. 1845 (S. 1845, 1, p. 185 ; D. 1845, 1) qui, en fait, ne porte pas sur la question, mais sur l'inefficacité de la renonciation ; l'arrêt du 1^{er} décembre 1857 (S. 1858, 1, p. 598) cité également, paraît plutôt admettre implicitement la nécessité de la motivation. En réalité, seul l'arrêt de la Cour de Paris du 18 juin 1948 (D. 1948, p. 444 ; S. 1949, 1, p. 17, note Robert) ainsi qu'un arrêt de la Cour de Douai du 8 juil. 1954 (G.P. 1954, 2, p. 157), se prononcent formellement contre cette exigence. Pour la motivation des sentences rendues par les amiables compositeurs : Civ. 12 déc. 1885, S. 1888, 1, p. 333 ; 25 janv. 1963, J.C.P. 1964, II, 13 472, note Level ; Paris, 28 oct. 1922 ; 24 nov. 1961 ; 7 fév. 1957 ; 7 janv. 1963, préc. ; Tr. civ. Seine, 15 oct. 1931, Clunet 1932, 678 ; D. H. 1936, p. 246 ; 27 fév. 1936 ; Tr. gr. inst. Marseille 13 juin 1961, J.C.P. 1961, IV, p. 159.

(57) Com. 13 fév. 1961, *Bull.* III, n° 77, p. 71.

(58) Douai, 12 mars 1959, G. P. 1959, 2, p. 116.

(59) Motulsky, note préc. sous Paris 5 janv. 1961.

(60) Motulsky, *ibidem*.

à une certaine fortune, et est reprise avec empressement (61). Elle rend parfaitement compte des garanties données et aux parties et à l'administration d'une bonne justice, par une substitution, non préméditée d'ailleurs, de l'appel au pourvoi en cassation, mais elle ne doit pas être poussée jusqu'à l'assimilation.

434. — On a cru pouvoir en déduire que le juge d'appel, qui remplit alors l'office de la Cour de cassation, serait lié par l'appréciation des faits, à la différence d'ailleurs du juge de l'opposition à ordonnance d'exequatur (62). La Cour de Paris, dans son arrêt du 8 mars 1960 (63), semblait de cet avis puisqu'elle parlait de « l'interprétation de la volonté des parties donnée souverainement en cours d'arbitrage ». Cependant, le 5 janvier 1961 (64), la même juridiction écartait cette limitation en disant que les arbitres avaient « sainement et exactement interprété les clauses de la convention qui leur était soumise ».

Le 10 octobre 1961 (65), elle déclare que les moyens « relatifs à l'appréciation souveraine que les juges ont faite des faits qui leur étaient soumis » doivent être rejetés, et, le 9 janvier 1962 (66) que « le juge de l'exequatur, à la différence de la Cour d'appel, lorsqu'il lui est demandé, par voie d'appel direct, la nullité de la sentence, n'était lié ni par l'appréciation par les arbitres des faits qu'ils ont constatés, par la qualification qu'ils leur ont donnée et par les conséquences qu'ils en ont tirées, ni par leur interprétation de la volonté des parties, ni même par l'énonciation pure et simple des faits qu'ils ont constatés ».

Ces arrêts sont moins contradictoires qu'il ne paraît. Il semble que la Cour de Paris repousse l'assimilation suggérée avec le pourvoi en cassation, en ce qui concerne les pouvoirs du juge et admet parfaitement la compétence du juge d'appel saisi en cas d'atteinte à l'ordre public, pour contrôler l'interprétation des clauses de la convention d'arbitrage. M. le Professeur Motulsky lui-même approuve cette position, car dit-il, les arbitres ne sont pas chargés eux-mêmes de veiller à la sauvegarde de l'intérêt public (67). De plus on voit mal, d'un point de vue théorique, ce qui justifierait une telle limitation des pouvoirs du juge (68).

435. — En revanche, il semble bien que l'appréciation des faits de la cause ne puisse être soumise à la Cour. L'arrêt du 10 octobre 1961 refuse d'examiner les griefs relatifs à l'interprétation de la déposition d'un témoin et à la question de savoir si les parties s'étaient conformées aux dispositions de leur marché. On l'a approuvé, car « l'interprétation

(61) Boubès, note sous Paris 24 nov. 1961, J.C.P. 1961, II, 12 412, préc. ; Desangles, Concl. sous Paris, 9 janv. 1962, J.C.P. 1962, II, 12 478.

(62) Boubès, « La violation de l'ordre public, moyen de nullité de compromis d'arbitrage et de la sentence arbitrale », J.C.P., 1962, I, 1 676.

(63) Paris 8 mars 1960, J.C.P. 1962, II, 12 479 ; *Rev. arb.*, 1960, p. 129.

(64) Paris, 5 janv. 1961, J.C.P. 1961, II, 12 204, note Motulsky.

(65) Paris, 10 oct. 1961, *Rev. arb.*, 1962, p. 53.

(66) Paris, 9 janv. 1962, J.C.P. 1962, II, 12 478 ; *Rev. arb.*, 1962, p. 12.

(67) Motulsky, note préc. sous Paris 5 janv. 1961.

(68) Voir obs. Hébraud, *Rev. tr. dr. civ.*, 1962, p. 384.

de la volonté des contractants, ou celle d'un témoignage, rentre dans la mission essentielle du juge, et leur révision, qui supposerait un second degré de juridiction, ne peut être demandée à la Cour » (69).

Cette observation nous semble marquer très exactement la limite des pouvoirs du juge de l'appel considéré comme voie de nullité, en ce qui concerne les faits.

La comparaison avec le pourvoi en cassation ne doit pas conduire à l'assimilation des pouvoirs du juge. Mais il reste très vrai, qu'en l'absence du pourvoi, c'est l'appel qui assure le respect de l'ordre public, et compense ainsi les garanties dont les parties se sont privées en renonçant aux voies de recours. Il s'agit là d'un rôle essentiel qui justifie l'importance de l'appel en matière d'arbitrage.

Il en va tout à fait différemment en droit international privé, ce qui laisse prévoir les difficultés que l'on va rencontrer.

§ 2. — *L'exclusion de l'appel contre la sentence étrangère.*

436. — Malgré l'assimilation des sentences étrangères aux sentences françaises, dictée par l'arrêt de la Cour de cassation du 27 juillet 1937 (70), l'appel n'est pas admis en la matière. La Chambre civile, saisie pour la première fois du problème, s'est prononcée le 3 novembre 1960 en des termes qui ne laissent aucun doute. « La Cour d'appel a légitimement admis qu'une sentence arbitrale étrangère ne pouvait être soumise par la voie de l'appel aux juges français » (71).

La jurisprudence a eu d'ailleurs maintes fois l'occasion de se prononcer en ce sens (72).

Une seule décision, semble-t-il, celle du Tribunal civil de la Seine du 27 février 1936 (73) a admis la possibilité d'un appel contre une sentence étrangère, tirant d'ailleurs les conséquences logiques de la théorie de l'assimilation ; la Cour de Paris, le 5 juillet 1955 (74) a repoussé l'appel contre une sentence anglaise au motif qu'il est possible en droit anglais, seulement s'il y a erreur manifeste qui n'existait pas

(69) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1962, p. 694.

(70) Req. 27 juil. 1937, préc.

(71) Civ. 3 nov. 1960, *Bull.* I, n° 466, p. 382 ; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1961, p. 564, note Mezger ; *Clunet* 1961, p. 782 ; *Rev. arb.*, 1961, p. 14 ; 9 nov. 1961, *Bull. civ.* II, n° 736, p. 717 ; Voir également Civ. 7 mai 1963, D. 1963, p. 545, note Robert ; J.C.P. 1963, II, 13 405, note Goldman ; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1963, p. 615, note Motulsky.

(72) Voir par ex. : Toulouse, 29 janv. 1957, *Rev. arb.*, 1957, p. 96 ; Paris, 10 avril 1957, J.C.P. 1957, II, 10 078, note Motulsky ; Aix, 25 fév. 1958, *Clunet* 1959, 1 132, note Bredin ; *Rev. arb.*, 1958, p. 94 ; Caen, 22 oct. 1959, *Clunet* 1961, p. 142, note Bredin (dont pourvoi) ; depuis l'arrêt du 3 nov. 1960 : Orléans, 15 mai 1961, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1961, p. 778, note Mezger ; *Clunet* 1962, p. 140, note Goldman ; Tr. gr. ints. Seine (Référés) 20 fév. 1961, et en appel Paris, 27 mars 1962 (*Rev. crit. dr. int. pr.*, 1962, p. 525, note Mezger) ; J.C.P. 1963, II, 13 036, note Level ; *Clunet* 1963, p. 468, obs. Sialelli ; *Rev. tr. dr. civ.*, 1962, p. 697, obs. Hébraud ; 30 mai 1963, J.C.P. 1963, 13 338, note Motulsky.

(73) Tr. civ. Seine, 27 fév. 1936, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1937, p. 93 ; D. H. 1936, p. 246.

(74) Paris, 5 juil. 1955, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1956, p. 79, note Mezger.

en l'espèce. Il semble que la Cour n'était pas hostile au principe de la recevabilité de l'appel, elle l'aurait peut être admis s'il y avait eu erreur manifeste.

L'irrecevabilité de principe de l'appel contre la sentence étrangère, est la solution préconisée par les auteurs qui, sur ce point, sont unanimes (75).

437. — De l'avis général, l'obstacle à l'admission de l'appel contre la sentence étrangère tient au caractère juridictionnel de la sentence, lequel est précisément la base de la possibilité d'appel en droit interne.

L'appel fait partie de l'organisation juridictionnelle d'un Etat. Si l'appel de droit commun est impossible, à cause de son effet dévolutif qui permet de réformer (76), l'appel voie de nullité l'est autant. L'obstacle ne réside pas dans le rôle de l'appel, mais dans l'extranéité de la sentence (77), laquelle relève, en ce qui concerne l'appel, de son droit public national. La Cour de cassation s'est d'ailleurs prononcée d'une façon absolue sur ce point ; mais elle abandonne, par là même, la théorie de l'assimilation, et, comme le dit un des commentateurs de l'arrêt (78), établit une différence de nature entre les deux catégories de sentences. Si l'exclusion de l'appel contre la sentence étrangère est parfaitement fondée en théorie, elle présente des avantages pratiques certains, notamment lorsque l'exécution de la sentence est requise dans différents pays ; on voit mal comment l'appel pourrait s'y exercer séparément (79). Cependant, étant donné le rôle primordial joué par l'appel en droit interne, son irrecevabilité en droit international privé conduirait suivant l'expression d'un auteur (80) à une « véritable impasse », si la jurisprudence n'était pas arrivée à sanctionner les atteintes à l'ordre public au moyen de la tierce opposition contre l'ordonnance d'exequatur.

(75) Klein, « Considérations sur l'arbitrage en droit international privé », Bâle, 1955, p. 271 ; Robert, « Le recours en France contre la sentence étrangère », *Rev. arb.*, 1957, p. 122 ; Mezger, « Moyens de défense et voies de recours contre une sentence étrangère », *Nouv. Rev. dr. int. pr.*, 1948, p. 71 ; « La jurisprudence française relative aux sentences arbitrales étrangères et la doctrine de l'autonomie de la volonté en matière d'arbitrage international de droit international privé », *Mélanges Maury*, 1960, T. I, p. 273 ; notes à la *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1955, p. 165, sous Paris 22 janv. 1954 ; 1956, p. 79, sous Paris 5 juil. 1955 ; 1961, p. 793, sous Orléans, 15 mai 1961 ; Bredin, « Remarques sur les voies de recours contre les sentences arbitrales étrangères », *Rev. arb.*, 1958, p. 135 ; « La paralysie des sentences arbitrales étrangères par l'abus des voies de recours », *Clunet* 1962, p. 638 ; note sous Aix, 25 fév. 1958, *Clunet* 1959, p. 1140 ; Motulsky, note sous Paris 22 janv. 1954, *J.C.P.* 1955, II, 8 566 ; note sous Paris, 9 déc. 1955, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1956, p. 523 ; « L'évolution récente en matière d'arbitrage international », *Rev. arb.*, 1959, p. 3 ; Carabiber, *Juriscl. dr. int. pr.*, fasc. 587, n° 40 ; « L'arbitrage international de droit privé », Paris, 1960, p. 97 ; Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1956, p. 396 ; 1958, p. 668 ; 1961, p. 726.

(76) Mezger, art. préc., *Mélanges Maury*, p. 278.

(77) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1961, p. 726.

(78) Mezger, note préc., *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1961, p. 564.

(79) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1956, p. 396.

(80) Mezger, art. préc. 1960.

SECTION III

L'OPPOSITION A ORDONNANCE D'EXEQUATUR

438. — Alors que l'appel en matière arbitrale joue de moins en moins le rôle d'une voie de recours mais au premier chef celui d'une action en nullité, l'évolution subie par l'ordonnance d'exequatur a amené celle-ci au même point : elle a perdu ses caractéristiques premières pour devenir, elle aussi, une action en nullité.

Cependant, si l'appel est ouvert contre la sentence en raison du caractère juridictionnel de celle-ci, l'opposition de l'article 1028 du Code de procédure civile se fonde sur le compromis qui en est la base. Aussi est-elle admise aussi bien en droit international privé qu'en droit interne. Nous serons donc amenés à distinguer dans deux paragraphes :

§ 1. — L'opposition à ordonnance d'exequatur contre la sentence française.

§ 2. — L'opposition à ordonnance d'exequatur contre la sentence étrangère.

§ 1. — *L'opposition à ordonnance d'exequatur contre la sentence française.*

439. — Malgré sa dénomination, qualifiée de « détestable » (81), cette voie de recours est en réalité une action en nullité dirigée non contre l'ordonnance, mais contre la sentence elle-même. Tous les auteurs l'affirment (82) et la jurisprudence est constante sur ce point (83). Il

(81) Motulsky, cours préc.

(82) Glasson, Tissier, Morel, T. V, n° 1848, p. 393 ; Garçonnet et César-Bru, T. VIII, n° 316-318 ; Morel, p. 735 ; Robert, n° 215 ; Cucho et Vincent, n° 628 ; Cornu et Foyer, p. 588 ; Batiffol, n° 747 ; Hébraud, note sous Paris 27 nov. 1946, J.C.P. 1947, II, 3 535 ; « L'arbitrage en droit français », *Annales de la Faculté de Droit de Toulouse*, 1954, p. 24 ; obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1954, p. 670 ; 1962, p. 163 ; Motulsky, note sous Tr. civ. Seine, 17 oct. 1956, J.C.P. 1956, II, 9 647 ; sous Paris, 5 janv. 1961, préc. ; sous Paris 30 mai 1963, J.C.P. 1963, II, 13 338 ; Mezger, note sous Paris 22 janv. 1954, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1955, p. 178 ; sous Toulouse, 29 janv. 1957, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1957, p. 701 ; sous Orléans, 15 mai 1961, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1961, p. 792 ; Bredin, art. préc. *Clunet* 1962, p. 656.

(83) Cass. civ. 26 oct. 1938, S. 1938, 1, p. 351 ; D.H. 1939, 2 ; 9 juin 1947, S. 1947, 1, p. 196 ; Paris, 16 mars 1936, S. 1936, 2, p. 144 ; 30 oct. 1936, S. 1937, 2, p. 66 ; 12 janv. 1937, D.H. 1937, p. 138 ; 27 nov. 1946, J.C.P. 1947, II, 3 535, note Hébraud ; 10 avr. 1957, J.C.P. 1957, II, 10 078, note Motulsky ; *Rev. arb.* 1957, p. 16 ; Aix, 1^{er} mars 1951, D. 1952, p. 184 ; Tr. civ. Seine, 17 oct. 1956, J.C.P. 1956, II, 9-647, note Motulsky.

y a certes comme on l'a souligné « quelque chose d'étrange dans cette action qui, en la forme est dirigée contre l'ordonnance d'exequatur, tandis que dans le fond, elle s'attaque à la sentence elle-même » (84).

En fait, l'opposition à l'ordonnance d'exequatur était, pour les rédacteurs du Code de procédure civile, un simple moyen d'arrêter l'exécution de la sentence. L'évolution s'est produite assez rapidement (85) et cette voie de recours est devenue un moyen de faire valoir la nullité de la sentence, sans doute parce que, l'affaire venant devant le Tribunal, la procédure en était plus simple et moins coûteuse que celle de l'appel. De plus, l'appel pour violation de l'ordre public n'avait pas atteint son stade actuel de perfectionnement, et l'article 1028 du Code de procédure civile permettait de sanctionner les cas d'irrégularité les plus graves.

440. — L'opposition à l'ordonnance d'exequatur est ouverte dans cinq cas : d'une part lorsque la sentence a été rendue sans compromis (alinéa 1^{er}), sur compromis nul ou expiré (alinéa 2), s'il a été prononcé sur choses non demandées (alinéa 3) ; d'autre part, lorsque la sentence n'a été rendue que par quelques arbitres non autorisés à juger en l'absence des autres (alinéa 4) ou par un tiers arbitre sans en avoir été conféré avec les arbitres partagés (alinéa 5). On a coutume de souligner que l'opposition permet de sanctionner les cas les plus graves, ceux où la sentence perd tout caractère juridictionnel pour devenir un simple acte privé dépourvu de toute autorité ; elle s'oppose alors à l'appel : « l'opposition à l'ordonnance d'exequatur se distingue des voies de recours ouvertes contre les jugements arbitraux ; elle tend à dénier toute autorité à la sentence arbitrale comme émanant de personnes sans qualité, tandis que l'appel ou la requête civile tendent simplement à remettre en question le jugement des arbitres sans refuser toute valeur à la sentence en elle-même » (86).

441. — L'article 1028 possède un caractère institutionnel : « l'arbitre n'étant investi de la fonction de juger que dans la mesure où le compromis lui a conféré ce pouvoir, le défaut de cette dernière touche à l'organisation même de la juridiction arbitrale » (87).

Les hypothèses visées à l'article 1028 n'ont d'ailleurs pas toutes la même importance. Les cas prévus aux alinéas 3 et 4 ne sont pas assez graves pour altérer la nature de l'acte (88), aussi peut-on y renoncer (89).

(84) Hébraud, note préc. sous Paris 27 nov. 1946.

(85) Sur l'évolution, Hébraud, *ibidem* ; art. préc., 1954 ; Motulsky, note préc. sous Tr. civ. Seine, 17 oct. 1956.

(86) Glasson, Tissier, Morel, T. V, n° 1848, p. 393.

(87) Motulsky, note préc. sous Paris 9 déc. 1955.

(88) Hébraud, note préc. sous Paris 27 nov. 1946.

(89) Motulsky, *ibidem* ; Robert, n° 225.

(90) Civ. 21 juin 1831, S. 1831, 1, p. 290 ; 8 janv. 1845, S. 1845, 1, p. 185 ; Paris, 2 juil. 1835, D.P. 1835, 2, p. 172 ; 23 mars 1939, D.H. 1939, p. 296 ; Glasson, Tissier, Morel, T. V, n° 1848 ; Morel, n° 736 ; Robert, n° 51 et 225 ; Motulsky, note préc. sous Paris, 9 déc. 1955, p. 532.

Pour les autres causes de nullité, la renonciation est impossible (90), car, dit un arrêt de la Cour de cassation du 21 juin 1931, « lorsque les arbitres ne se conforment pas à l'article 1028, les actes émanés d'eux sont improprement qualifiés de sentences arbitrales » (91).

L'interdiction de la renonciation, fondée en théorie, est parfaitement heureuse en pratique ; on conçoit mal qu'après avoir tracé des limites aux pouvoirs des arbitres, les parties les autorisent ensuite à les dépasser (92) ; de plus, il est impossible de renoncer à se prévaloir de nullités que l'on ne connaît pas et qui ne sont même pas encore intervenues (93).

442. — L'opposition en nullité qui se justifie, selon certains, par la nature mixte de l'arbitrage (94) ou plus exactement par l'élément contractuel qui en forme la base, est exorbitante du droit commun car c'est une exception au principe suivant lequel voies de nullité n'ont lieu contre les jugements. L'article 1028 est un texte exceptionnel, dit la Cour de cassation (95) et son énumération est limitative. La jurisprudence a eu maintes fois l'occasion d'affirmer ce principe (96) approuvé par les auteurs parce qu'il concerne une dérogation (97).

La nature de l'opposition à l'ordonnance d'exequatur est d'ailleurs fort complexe. Action contractuelle, mais dirigée contre la sentence, elle garde de son origine, moyen de défense à exécution provisoire, certaines particularités qui ont pu faire dénoncer son caractère « hybride et équivoque » (98).

443. — Ainsi l'opposition se fait par simple déclaration sur les actes d'exécution ; elle n'est soumise à aucun délai et reste recevable jusqu'à l'exécution de la sentence ; elle produit un effet suspensif. On a pu juger le contraire en considérant qu'il s'agissait d'une voie de recours extraordinaire mais la Cour de cassation, dans son arrêt du 26 octobre 1938 (99) déclare formellement que l'opposition a un effet suspensif « puisqu'ayant pour objet d'établir que les arbitres ont jugé

(91) Civ. 21 juin 1831, préc.

(92) Glasson, Tissier, Morel, *ibidem*.

(93) Robert, *ibidem*.

(94) Motulsky, note sous Paris, 24 nov. 1955, J.C.P. 1956, II, 9 079 ; note préc. sous Paris 30 mai 1963.

(95) Com. 10 nov. 1947, J.C.P. 1947, II, 3 968, note Cavarroc ; D. 1948, p. 16 ; S. 1948, I, p. 68 ; *Bull. civ.*, n° 28, p. 102.

(96) Civ. 8 janv. 1845, S. 1845, I, p. 185 ; Com. 10 nov. 1947, préc. ; Paris 27 nov. 1946, J.C.P. 1947, II, 3 535, note Hébraud ; 18 nov. 1952, J.C.P. 1953, II, 7 470, note G.J.V. ; D. 1952, p. 804 ; G.P. 1953, 2, p. 363 ; 18 nov. 1955 ; G.P. 1956, I, p. 148 ; 24 nov. 1955, J.C.P. 1956, II, 9 079, note Motulsky ; 10 avr. 1957, J.C.P. 1957, II, 10 078, note Motulsky ; *Rev. arb.*, 1957, p. 19 ; 4 juil. 1957, *Rev. arb.* 1957, p. 93 ; 24 mars 1960, *Rev. arb.* 1960, p. 50 ; 30 oct. 1961, *Rev. arb.* 1961, p. 237 ; *Contra* : Aix, 16 oct. 1962, J.C.P. 1962, II, 12 923, qui admet l'opposition à l'ordonnance d'exequatur pour une absence de motivation, normalement du ressort de l'appel.

(97) Motulsky, note préc. sous Paris 24 nov. 1955.

(98) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1951, p. 259 ; 1959, p. 669.

(99) Civ. 26 oct. 1938, S. 1938, I, p. 351 ; D.H. 1939, p. 2.

au-delà des pouvoirs reçus, leur décision n'a donc pas le caractère de véritable jugement ». La jurisprudence ne s'est pas démentie (100).

L'effet suspensif, suivant les principes de droit commun, concerne seulement l'exécution provisoire, et la sentence ne perd pas le bénéfice de l'exequatur par la simple opposition (101). Seule l'exécution provisoire ordonnée par les arbitres fait perdre le bénéfice de l'effet suspensif qui s'attache à l'opposition de l'article 1028 (102).

444. — Si l'opposition à l'ordonnance d'exequatur de l'article 1028 est devenue assez rapidement une action principale en nullité, c'est en partie à cause de la plus grande simplicité de cette action qui amenait la sentence devant le Tribunal et non devant la Cour, à la différence de l'appel. A l'origine, on n'avait pas imaginé la nécessité d'un appel (103); l'ordonnance, puis l'opposition, constituaient déjà deux sortes de recours, et par l'opposition s'établissait un contrôle de ce qui avait été décidé par l'ordonnance sans débat contradictoire.

Or, en tant qu'action en nullité principale, personne ne conteste que l'appel doive être reçu. On a soutenu qu'il était possible seulement lorsque le montant des demandes formées devant les arbitres excédait le taux du dernier ressort (104) et la Cour de Paris a admis cette thèse dans un arrêt du 28 octobre 1922 (105), en se fondant sur le « droit commun ». C'est là un point de vue erroné, le droit commun étant, au contraire, que la règle du double degré de juridiction s'impose toutes les fois qu'il n'en pas été décidé autrement (106). La jurisprudence actuelle admet sans aucune hésitation la recevabilité de l'appel, quel que soit le taux du litige.

Mais ainsi, un des « avantages » de l'opposition à l'ordonnance d'exequatur se transforme en une complication supplémentaire. L'appel de la sentence ne conduit qu'au deuxième degré de juridiction, alors que l'opposition de l'article 1028 permet de recourir aux deux degrés.

§ 2. — *L'opposition à ordonnance d'exequatur contre la sentence étrangère.*

445. — Alors que l'appel contre la sentence étrangère ne peut être reçu parce qu'il apparaîtrait comme lié à une organisation judiciaire, l'oppo-

(100) Civ. 9 juin 1947, S. 1947, 1, p. 196; G.P. 1947, 2, p. 130; D. 1948, p. 99; Com. 10 janv. 1949, G.P. 1949, 1, p. 164; S. 1950, 1, p. 71; J.C.P. 1949, IV, p. 29.

(101) Paris, 5 janv. 1961, préc.

(102) Req. 29 juil. 1941, G.P. 1941, 2, p. 252; Com. 12 avr. 1948; S. 1948, 1, p. 96; D. 1948, p. 325; G.P. 1948, 1, p. 244; Paris, 27 avr. 1936, G.P., Tables 35-40, v° *Arbitrage-arbitre*, n° 136; 22 déc. 1938, G.P. 1939, 1, p. 206; 18 juin 1948, D. 1948, p. 444; S. 1949, 2, p. 17, note Robert; Douai, 18 oct. 1951, *Rev. crit. int. pr.*, 1953, p. 422; Besançon, 27 fév. 1952, D. 1952, p. 732, note Schenkel; Tr. civ. Seine, 3 nov. 1949, D. 1949, p. 600.

(103) Cavarroc, note préc. sous Com. 10 nov. 1947.

(104) Glasson, Tissier, Morel, T. V, n° 1848.

(105) Paris, 28 oct. 1922, D.P. 1923, 2, p. 196.

(106) Voir par ex. Robert, n° 227; Cuhe et Vincent, n° 628; Hébraud, note préc. sous Paris 27 nov. 1946; Cavarroc, note préc. sous Com. 10 nov. 1947.

sition en nullité ouverte à titre exceptionnel contre la sentence, concerne l'élément contractuel de l'arbitrage, c'est-à-dire le compromis, et est admise aussi bien par la jurisprudence (107) que par la doctrine (108). Les auteurs, qui condamnent l'emploi de l'opposition à l'ordonnance d'exequatur, n'emportent pas la conviction. Ainsi pour Monsieur Robert (109), aucune voie de recours n'est ouverte contre la sentence étrangère, et singulièrement pas l'opposition en nullité de 1028 : ou bien les sentences sont assimilées aux jugements, et les sentences étrangères devraient avoir le traitement réservé aux jugements étrangers, c'est-à-dire l'exclusion des voies de recours directes ; ou bien elles sont assimilées aux contrats, et, comme ceux-ci, échappent par leur nature aux voies de recours. De plus, l'opposition de l'article 1028 ferait double emploi avec la procédure de la tierce-opposition contre l'ordonnance d'exequatur, puisque tous les cas d'ouverture peuvent donner lieu à la tierce-opposition.

446. — Ces deux arguments ne nous paraissent pas décisifs ; le premier part d'une pétition de principe, contraire à la lettre du Code et à l'interprétation qui en est donnée par la jurisprudence. A partir du moment où le Code a ignoré l'existence des sentences étrangères et où la jurisprudence leur a appliqué le régime des sentences françaises, le

(107) Civ. 7 mai 1963, D. 1963, p. 545, note Robert ; J.C.P. 1963, II, 13 405, note Goldman ; *Rev. crit. int. pr.*, 1963, p. 615, note Motulsky, Clunet 1964, p. 82, note Bredin ; Paris, 22 janv. 1954, J.C.P. 1955, II, 8 566, note Motulsky ; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1955, p. 165, note Mezger ; 9 déc. 1955, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1956, p. 523, note Motulsky ; D. 1956, p. 217, note Robert ; *Rev. arb.*, 1955, p. 101 ; 10 avr. 1957, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, p. 120, note Loussouarn ; J.C.P. 1957, II, 10 078, note Motulsky ; 27 mars 1962, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1962, p. 525, note Mezger ; J.C.P. 1963, II, II, 13 036, note Level ; Clunet 1963, p. 468, obs. Sialelli, *Rev. tr. dr. civ.*, 1962, p. 697, obs. Hébraud ; Tr. civ. Toulouse, 21 mars 1955, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1955, p. 525, note Mezger, 29 janv. 1957, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1957, p. 699, note Mezger ; Orléans, 15 mai 1961, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1961, p. 778, note Mezger ; Clunet 1962, p. 140 ; Tr. civ. Seine 27 fév. 1936, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1937, p. 93 ; D.H. 1936, p. 246 ; Tr. civ. Seine, 16 juil. 1948, G.P. 1948, 2, Tables v° Arbitrage, n° 32 ; Tr. gr. inst. Seine (Référés) 20 fév. 1961 et Tr. gr. inst. Seine, 23 fév. 1961, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1962, p. 525, note Mezger ; Tr. civ. Meaux, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1959, p. 148, note Mezger.

(108) Balladore-Pallieri, « L'arbitrage privé dans les rapports internationaux », *Recueil des cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, T. 51 (année 1935, p. 291 et ss.), p. 373-374 ; Klein, *op. cit.*, 1955, p. 288 (mais avec certaines réserves) ; Batiffol, *Traité*, n° 347 ; Carabiber, *Juriscl. int.* 1. Fasc. 587, n° 39 ; « L'arbitrage international de droit privé », 1960, p. 97 ; Motulsky, notes préc. sous Paris 22 janv. 1954 ; sous Paris 9 déc. 1955 ; sous Paris 10 avr. 1957 ; « L'évolution récente en matière d'arbitrage international », *Rev. arb.*, 1959, p. 3 ; Loussouarn, note sous Paris 10 avr. 1957, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, p. 120 ; Mezger, notes préc. sous Paris 22 janv. 1954 ; sous Paris 9 déc. 1955, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1956, p. 112 ; sous Toulouse 29 janv. 1957 ; sous Orléans, 15 mai 1961 ; sous Paris, 27 mars 1962, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1962, p. 525 ; art. préc. 1960, p. 273 ; Bredin, notes sous Aix, 25 fév. 1958, Clunet 1959, p. 1 140 ; sous Paris 20 oct. 1959, Clunet 1960, p. 456 ; art. préc., *Rev. arb.*, 1958, p. 135 ; art. préc., Clunet 1962, p. 638 ; Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1956, p. 395 ; 1958, p. 679 ; 1959, p. 669.

(109) Robert, note sous Paris 22 janv. 1954, D. 1955, p. 335 ; note sous Paris, 9 déc. 1955, D. 1956, p. 217 ; « Le recours en France contre la sentence étrangère », *Rev. arb.*, 1957, p. 122 ; note sous Civ. 7 mai 1963, D., p. 549.

premier terme de l'alternative devient inopérant. Quant à l'assimilation aux contrats, l'article 1028 est applicable, précisément parce qu'il s'agit d'une action contractuelle prévue à titre exceptionnel contre la sentence qui, si elle est issue d'un contrat, l'est d'un contrat soumis à un régime spécial.

Enfin, on a souligné (110) justement que si l'opposition joue le rôle d'une action en nullité contre la sentence, elle est, en sa forme, une voie de recours contre l'opposition à l'ordonnance d'exequatur.

Le deuxième argument proposé n'est guère plus convaincant. L'opposition de 1028 ne fait pas double emploi avec la tierce-opposition, comme nous le verrons (111) et même si cela était, il serait difficile d'en déduire l'inapplicabilité de l'une ou l'autre voie. Le problème est sensiblement le même en droit interne ; le chevauchement est regrettable, mais c'est le principe même de l'article 1028 qui est critiquable, et seul le législateur a le pouvoir d'y remédier.

La thèse de Monsieur Robert peut être prise en considération de lege ferenda, mais elle semble peu admissible, en l'état du droit positif.

447. — Pas plus que l'exclusion de l'opposition à l'ordonnance d'exequatur, ne nous paraît devoir être retenue la limitation proposée par un auteur (112), qui admet la possibilité de l'opposition seulement lorsqu'aucune instance particulière en nullité n'est prévue par la loi étrangère applicable. Il condamne lui-même sa théorie en admettant que l'on se reporte à la loi étrangère pour connaître de la validité de la convention arbitrale « sauf dans les cas où la nullité résulte de la *lex fori* ». Or, précisément, le caractère institutionnel domine dans l'article 1028, qui concerne l'organisation même de la juridiction arbitrale. Le juge français doit vérifier qu'il est vraiment en présence d'un arbitrage volontaire dont la constitution ne heurte pas les règles françaises d'ordre public, qui sont, en l'espèce, les garanties d'un droit judiciaire, fût-il arbitral, sans lesquelles l'arbitraire devient possible (113).

448. — Si l'application de l'article 1028 aux sentences étrangères ne rencontre aucun obstacle de principe, elle se heurte à de sérieuses difficultés. Le caractère limitatif de l'énumération posée par le texte doit être aussi rigoureusement respecté en droit international qu'en droit interne (114), mais l'agencement des recours en devient si complexe qu'on tente parfois de l'écarter (115).

(110) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1959, p. 669.

(111) Voir *infra*, n° 564 et ss.

(112) Klein, *op. cit.*, 1955, p. 288.

(113) En ce sens Bredin, art. préc. 1962, p. 656.

(114) Civ. 7 mai 1963, préc. ; Paris 10 avr. 1957 préc. ; Tr. gr. inst. Seine, 23 fév. 1961 ; Tr. gr. inst. Seine (Référés) 20 fév. 1961, préc. ; La Cour de Paris, le 9 déc. 1955 (*Rev. crit. dr. int. pr.*, 1956, p. 523, note Motulsky) a cependant déclaré recevable — mais non fondé — le grief basé sur l'absence de motivation d'une sentence anglaise. Le commentateur justifie l'arrêt de la Cour en disant que la plénitude de juridiction la contraignait à se prononcer sur le fond. La Cour

La technique même de l'opposition à l'ordonnance d'exequatur paraît assez mal adaptée aux sentences étrangères, car elle risque de se heurter d'une part à la loi applicable, d'autre part, malgré sa prétendue nature contractuelle, à la non-ingérence de l'ordre judiciaire national dans un ordre étranger.

449. — La loi applicable devra être conciliée avec les exigences de l'article 1028. On admet en général que les cas prévus aux alinéas 1, 2 et 5 sont des causes de nullité de la sentence étrangère, parce qu'il s'agit des règles institutionnelles et que l'ordre public international coïncide avec l'ordre public interne ; les cas prévus aux alinéas 3 et 4 ne sont pas sanctionnés lorsque la loi de procédure étrangère ne comporte rien de semblable à ces deux ouvertures, l'ordre public n'étant pas en jeu (116).

La jurisprudence fait la même distinction. Le Tribunal de grande instance de la Seine, le 23 février 1961 déclare l'opposition de l'article 1028 recevable « seulement pour les motifs qui peuvent être applicables aux sentences étrangères » (117), et refuse de faire jouer l'article 1028 alinéa 3, « la procédure suivie pour la désignation de l'arbitre étant conforme à la loi anglaise ». La Cour de Paris qui, sur appel a confirmé ce jugement (118) avait déjà, dans son arrêt du 9 décembre 1955 (119) refusé de retenir le grief fondé sur ce que le tiers arbitre n'aurait pas conféré avec les arbitres partagés, « les principes applicables en Angleterre n'imposant à cet égard aucune obligation au tiers arbitre ». Même lorsqu'il s'agit de griefs fondés sur les exigences d'ordre public de l'article 1028, le juge français examine s'il ne s'agit pas « d'allégation inconnue du droit étranger », suivant la formule du jugement du Tribunal de grande instance de la Seine du 23 février 1961, confirmé par la Cour de Paris le 27 mars 1962 (120), qui refuse d'annuler une sentence pour absence de compromis, exigence ignorée du droit anglais. A l'inverse, les tribunaux sont parfois obligés, pour assurer le respect de l'ordre public, de faire une interprétation plus qu'extensive de l'article 1028. Ainsi, la Cour de Paris, dans son arrêt du 9 décembre 1955 (121)

était effectivement compétente pour juger de l'appel de la tierce-opposition — voie par laquelle aurait dû être invoquée l'absence de motivation — mais elle ne parle pas de sa plénitude de juridiction ; au contraire, elle affirme que « ces griefs pouvaient être invoqués en France par voie d'opposition à l'ordonnance d'exequatur. La doctrine se prononce en général pour le caractère restrictif de l'article 1028 appliqué à la sentence étrangère : voir par ex. : Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1958, p. 669 ; Bredin, art. préc. 1962 ; note sous Civ. 7 mai 1963, Clunet 1964, p. 90 ; Motulsky, note sous Paris 9 déc. 1955, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1956, p. 531 ; l'auteur a abandonné ensuite ce premier point de vue (*infra*, n^{os} 582 et ss.).

(115) Voir *infra*, n^o 564 et ss.

(116) Voir par ex. : Mezger, art. préc. 1960, p. 276 ; Carabiber, *Juriscl. dr. int. pr.*, Fasc. 5, n^o 39 ; *op. cit.*, 1960, p. 96 ; Motulsky, note préc. sous Paris, 9 déc. 1955 ; Bredin, art. préc., *Rev. arb.*, 1958, p. 137 et Clunet 1962, p. 656.

(117) Tr. gr. inst. Seine, 23 fév. 1961, préc.

(118) Paris, 27 mars 1962, préc.

(119) Paris, 9 déc. 1955, préc.

(120) Tr. gr. inst. Seine, 23 fév. 1961, préc. ; Paris, 27 mars 1962, préc.

(121) Paris, 9 déc. 1955, préc.

pour sanctionner le fait que la sentence n'avait pas été soumise au deuxième degré de juridiction prévu, s'est fondée sur l'article 1028 alinéa 1, ce qui se justifie difficilement (122).

450. — La deuxième difficulté que pose l'application de l'opposition à ordonnance d'exequatur aux sentences étrangères réside dans la sanction prévue par l'article 1028. On peut trouver choquant de voir le juge français annuler une sentence étrangère, et il paraîtrait plus conforme aux principes de lui voir simplement déclarer la sentence inopposable dans le ressort de sa compétence, c'est-à-dire en France. Monsieur Robert se fonde également sur ce point pour repousser l'admission de l'ordonnance d'exequatur ; (123) « seule », dit-il, « la juridiction étrangère peut avoir compétence pour apprécier la validité de la sentence ».

Le problème s'est posé devant la Cour de Paris, le 9 décembre 1955, d'une façon aiguë : en l'espèce, la sentence étrangère n'avait pas été soumise à l'appel prévu par les statuts de l'organisme international auxquels les parties s'étaient référées. On conçoit l'embarras dans lequel se trouvaient les juges. Même en admettant, comme l'a fait la Cour, que le vice invoqué était une violation du compromis, la sentence était parfaitement valable, il suffisait aux parties de retourner devant le juge d'appel. Aussi, l'arrêt a-t-il décidé « qu'il ne saurait être question de prononcer... la nullité de la sentence arbitrale... qu'il échet simplement de mettre à néant l'ordonnance d'exequatur ».

451. — Cette décision a suscité de vives critiques (124). On a écrit que les juges n'avaient qu'à prononcer la nullité partielle du chef de dépassement du compromis par l'exclusion de l'appel (125). C'eût été plus conforme aux principes, mais le problème n'était pas résolu davantage, puisque la sentence, parfaitement valable, était déclarée — même partiellement — nulle. Bien que le résultat en soit, surtout en l'espèce, un peu absurde, il est impossible, de prononcer une autre sanction que la nullité, prévue expressément par l'article 1028. L'opposition à l'ordonnance d'exequatur étant, suivant les termes mêmes de la jurisprudence, une action principale en nullité contre la sentence elle-même, il est contraire, aussi bien à la lettre du texte qu'à son application jurisprudentielle, d'anéantir seulement l'ordonnance d'exequatur.

Du point de vue de la technique juridique, l'annulation est le seul procédé possible, même contre une sentence étrangère.

452. — Cependant elle heurte quelque peu notre conception du droit international privé, soucieux de respecter l'ordre judiciaire étran-

(122) En ce sens, Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1956, p. 395.

(123) Robert sous Paris 22 janv. 1954, D. 1955, p. 355, préc.

(124) Motulsky, note préc. sous l'arrêt ; Robert, note préc., D. 1956 ; Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1956, p. 395.

(125) Motulsky, *ibidem*.

ger. Le parallèle avec les contrats étrangers (126), que le juge français annule sans hésitation lorsqu'ils lui paraissent contraires à l'ordre public, ne nous paraît pas déterminant. Car, même si l'opposition repose sur la base contractuelle de l'arbitrage, elle s'en prend en définitive à la sentence et la fonction juridictionnelle de celle-ci rend l'annulation bien moins facile à admettre que pour les contrats. L'auteur lui-même a ailleurs (127) parfaitement montré, en sens inverse, que l'annulation d'une sentence à l'étranger, d'après la Convention de Genève et probablement aussi en droit commun, serait un obstacle à l'exequatur en France, alors que le jugement étranger annulant un contrat n'y est pas reconnu de plein droit.

L'assimilation aux contrats se révèle inopérante, à cause de l'élément juridictionnel contenu dans la sentence. Qu'on le veuille ou non, l'annulation par le juge français d'une sentence étrangère est, en principe, une entorse à la non-ingérence de l'ordre judiciaire français dans un ordre étranger, semblable à celle qui serait commise si l'on admettait l'appel. L'action en nullité de l'article 1028 est certes moins choquante que l'appel, parce qu'elle est limitée à trois cas — les deux hypothèses des alinéas 3 et 4 ne s'appliquant pas — qui correspondent, comme on l'a dit, « à ce qu'on doit en tout cas vérifier, qu'il s'agisse d'une sentence étrangère ou française » (128).

Il est vrai qu'en pratique l'annulation d'une sentence étrangère par le juge français ne va guère plus loin que l'inopposabilité. Le juge ne peut prononcer la nullité que dans le ressort territorial de la loi française, et la sentence demeure soumise, en dehors de cette limite, à la loi qui la régit (129).

453. — Cependant les difficultés que nous venons d'examiner montrent assez combien l'assimilation des sentences étrangères aux sentences françaises est difficile à appliquer. Et le fait est d'autant plus remarquable que l'opposition à l'ordonnance d'exequatur est liée à l'élément contractuel de l'arbitrage. On peut en conclure qu'il est parfaitement artificiel de vouloir séparer ce qui ressort à la composante contractuelle de l'arbitrage et ce qui ressort à la composante juridictionnelle ; l'action en nullité de l'article 1028, action principalement contractuelle, se heurte en définitive, dans son application, à l'élément juridictionnel contenu dans la sentence.

(126) Mezger, note sous Paris, 22 janv. 1954, préc.

(127) Mezger, art. préc., 1960.

(128) Mezger, note préc. sous Paris, 22 janv. 1954.

(129) En ce sens, Mezger, notes préc. sous Paris, 22 janv. 1954 ; sous Toulouse, 29 janv. 1957 ; Motulsky, note préc. sous Paris 9 déc. 1955.

CHAPITRE II

L'ORDONNANCE D'EXEQUATUR ET LE CONTROLE DE LA SENTENCE

454. — L'ordonnance d'exequatur, prévue par l'article 1020 du Code de procédure civile, confère à la sentence la force exécutoire et permet d'inscrire l'hypothèque judiciaire prévue par l'article 2123 du Code civil. Il s'agit là d'effets importants certes, car seule l'autorité publique est compétente pour donner à la décision rendue par de simples juges privés la possibilité d'une exécution forcée (1). Mais l'ordonnance d'exequatur joue un rôle beaucoup plus vaste, probablement parce qu'elle est le lieu de rencontre de la justice privée, qu'est l'arbitrage, avec la justice officielle. En face de l'irrecevabilité des voies de recours, trop liées à une organisation judiciaire pour être admises, elle constitue la pierre d'achoppement des recours contre la sentence en droit international privé. Suivant la formule d'un auteur, elle seule peut servir de « point d'accrochage » (2) aux moyens de contrôle qui se développeront par la suite.

De plus, peut-être par une sorte de contagion due au refus de distinguer entre les sentences étrangères et les sentences françaises, elle est devenue, en droit interne, le préalable de tous les recours, parce que selon la Cour de cassation, elle attribuerait à la sentence l'autorité de la chose jugée. Le caractère primordial qui lui est ainsi conféré nous a conduits à présenter nos développements de la façon suivante :

Section 1 — La procédure de l'exequatur.

Section 2 — Les pouvoirs du juge de l'ordonnance d'exequatur.

Section 3 — Les recours contre l'ordonnance d'exequatur.

Section 4 — L'ordonnance d'exequatur, condition de recevabilité des recours contre la sentence.

(1) Tr. civ. Seine, 18 juin 1954, *Rev. arb.*, 1955, p. 23 ; Paris, 30 oct. 1958, *Rev. arb.*, 1959, p. 19 ; Com. 22 déc. 1959, D. 1960, 685, note J.R. ; G.P. 1960, 1, p. 58.

(2) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1958, p. 668.

SECTION I

LA PROCEDURE DE L'EXEQUATUR

455. — Peu de difficultés se présentent en droit interne : l'ordonnance est toujours rendue par le Président du Tribunal de grande instance, ou le Premier Président de la Cour d'appel s'il a été compromis sur l'appel d'un jugement ; il s'agit d'une ordonnance sur simple requête, et le magistrat compétent est celui du ressort du lieu où la sentence a été rendue, lieu qui, d'après l'arrêt de la Cour de cassation du 12 avril 1938 (3), est déterminé souverainement par l'arbitre dans sa sentence.

C'est en droit international privé que certains problèmes se sont posés, ce qui peut paraître assez surprenant, étant donné que l'exequatur des sentences étrangères est le terrain d'élection de la théorie de l'assimilation.

Nous étudierons donc dans trois paragraphes :

§ 1 — L'autorité compétente pour accorder l'exequatur à la sentence étrangère.

§ 2 — L'inutilité d'un exequatur préalable à l'étranger.

§ 3 — Le problème de la sentence homologuée dans son pays d'origine.

§ 1. — *L'autorité compétente pour accorder l'exequatur à la sentence étrangère.*

456. — Le problème de l'autorité compétente pour accorder l'exequatur à une sentence étrangère s'est posé très tôt en jurisprudence, en l'absence de tout texte concernant la matière. C'était la question principale dans l'affaire Lecoulteux de Cantelou, du 15 juillet 1812 (4), avec les célèbres conclusions de Merlin qui cristallisèrent un temps la thèse contractuelle, comme dans l'affaire Del Drago, où la conception juridictionnelle l'emporta, grâce à la consultation de Lainé, le 10 décembre 1901 (5).

(3) Req. 12 avr. 1938, S. 1939, 1, p. 257, note Solus, qui approuve pleinement l'arrêt ; dans le même sens, Paris, 12 janv. 1937, D.H. 1937, p. 138 ; 23 mars 1939, D.H. 1939, p. 296.

(4) Req. 15 juil. 1812, cit. par Lainé, Clunet 1899, p. 649.

(5) Paris, 10 déc. 1901, Clunet 1902, p. 314 ; Consultation Lainé : sous Tr. civ. Seine 16 mars 1899, Clunet 1899, p. 744.

L'arrêt de principe rendu par la Cour de cassation le 27 juillet 1937 (6), dans l'affaire *Roses*, mettait fin aux hésitations antérieures (7). Contrairement aux partisans de la théorie juridictionnelle qui voyaient dans la sentence un jugement et, en conséquence, voulaient la soumettre au Tribunal tout entier pour l'obtention de l'exequatur (8), la Cour suprême déclara « que les sentences arbitrales, qui ont pour base un compromis, font corps avec lui et participent de son caractère conventionnel, et que, dès lors, les sentences arbitrales rendues à l'étranger doivent être traitées en France comme des sentences arbitrales et recevoir, pour leur exécution, l'exequatur, non d'un tribunal tout entier, mais d'un Président du Tribunal ».

Cette formule désormais classique, se retrouve dans maints arrêts (9).

457. — La doctrine, tout en reconnaissant que l'assimilation se justifie difficilement (10), est unanime à se féliciter de ses conséquences heureuses, notamment en ce qu'elle exclut, en même temps que la compétence, le pouvoir de révision qui appartient aux juges saisis de l'exequatur des jugements étrangers (11).

Cependant, le résultat lui-même, à notre avis, se ressent du manque de base logique de l'assimilation.

Certes, la procédure simplifiée de l'exequatur des sentences est souhaitable parce que plus conforme à l'esprit de l'arbitrage, qui demande une certaine rapidité. Mais la théorie de l'assimilation est impuissante à résoudre tous les problèmes qui ne pouvaient manquer de surgir dans le domaine de l'exécution des sentences étrangères.

458. — La première lacune de cette théorie s'est manifestée à propos de l'exigence posée par l'article 1020 du Code de procédure civile, en ce qui concerne la compétence territoriale du magistrat. La Cour de

(6) Req. 27 juil. 1937, rapport Castets, D. 1938, I, p. 25 ; S. 1938, I, p. 25 ; G.P. 1937, 2, p. 61 ; J.C.P. 1937, II, 449 ; Clunet 1938, p. 86.

(7) Pour la compétence du Tribunal entier : Paris, 10 déc. 1901, Clunet 1902, p. 315 ; Tr. civ. Seine 10 fév. 1922, Clunet, 1922, p. 150 ; 2 fév. 1926, Clunet 1927, p. 136 ; pour la compétence du seul Président : Douai 10 déc. 1901, Clunet 1903, p. 809 ; 27 mai 1911, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1912, p. 217 ; Tr. civ. Lyon, 30 juil. 1913, Clunet 1914, p. 901 ; Tr. civ. Bordeaux, 15 juil. 1914, Clunet 1916, p. 235 ; Tr. civ. Seine, 27 fév. 1936, D.H. 1936, p. 246.

(8) Lainé, Clunet 1899, p. 642 ; Niboyet, *Traité* 1950, T. VI (2), n° 1922. Martin « Principes de droit international privé », 1920, T. I, § 219, p. 615 ; Lerebours-Pigeonnière par Loussouarn, n° 313.

(9) Voir par ex. Paris, 22 janv. 1954, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1955, p. 165, note Mezger ; J.C.P. 1955, II, 8566, note Motulsky ; *Rev. arb.*, 1955, p. 18 ; 10 avr. 1957, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, p. 120, note Y. Loussouarn, J.C.P. 1957, II, 10078, note Motulsky, Clunet 1958, p. 1002, note Goldman.

(10) Voir *infra*, n° 475.

(11) Une seule exception semble-t-il : la note signée Y. L. sous Douai 18 oct. 1951, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1953, p. 422 ; le commentateur regrette l'assimilation parce qu'elle exclut la révision, nécessaire d'après lui pour compenser la moindre aptitude des particuliers à rendre la justice, et parce qu'elle donne à la sentence une force qu'elle n'a pas dans son pays.

cassation a, dans son arrêt du 27 juillet 1937, substitué au lieu où la sentence a été rendue celui du lieu où se poursuit son exécution (12). Lainé, qui qualifiait la procédure entraînée par l'assimilation aux sentences françaises, de « tronquée, inique, innommée » (13), objectait qu'en droit interne, on sait où et dans quels délais on peut s'attendre à ce que l'exequatur soit demandé ; lorsqu'il s'agit d'une sentence étrangère, au contraire, la partie adverse serait dans l'ignorance et ne pourrait être à même de discuter l'opportunité devant le juge. Il ne semble pas que l'argument soit très solide : le lieu d'exécution n'est généralement pas une inconnue, et la procédure de tierce-opposition permet tout de même la discussion, si d'aventure l'ordonnance a été obtenue par surprise.

Deux problèmes, plus importants et liés, se posent à propos de l'exequatur de la sentence étrangère : on se demande tout d'abord si, lorsque la sentence étrangère n'a pas fait l'objet d'exequatur à l'étranger, elle peut être déclarée exécutoire en France, puis si elle ne doit pas l'être suivant les règles concernant les jugements, lorsqu'elle a fait l'objet d'un exequatur à l'étranger.

§ 2. — *L'inutilité d'un exequatur préalable à l'étranger.*

459. — C'est une des heureuses conséquences pratiques de la théorie de l'assimilation que de repousser l'exigence d'un exequatur préalable à l'étranger.

Les auteurs admettent en général que la sentence doit être définitive pour recevoir l'exequatur en France (14) ; mais, pour les partisans de la théorie juridictionnelle, la sentence, comme le jugement étranger, doit avoir en outre reçu l'exequatur, sans quoi elle demeurerait à l'état de « simple projet » (15).

Au contraire, ceux qui rejettent la théorie juridictionnelle et sont partisans de l'assimilation sur ce point, repoussent l'exigence d'un double exequatur (16), qui entraînerait une perte de temps et des frais supplémentaires, le tout souvent inutile lorsqu'aucune exécution n'est envisagée dans le pays d'origine de la sentence ; c'est le cas le plus fréquent, les parties ayant choisi la plupart du temps un terrain neutre (17).

460. — Certaines décisions ont paru soutenir la nécessité du double

(12) Voir applications dans Paris, 22 janv. 1954 et 10 avr. 1957, préc.

(13) Lainé, *loc. cit.*

(14) Niboyet, T. VI, (2) n° 1990 ; Klein, « Considérations sur l'arbitrage en droit international privé », Bâle, 1955, p. 283 ; Bartin, *op. cit.*, p. 618.

(15) Niboyet, *ibidem*.

(16) Batiffol, n° 747 ; Klein, *op. cit.*, p. 228 ; Balladore Pallieri, « L'arbitrage privé dans les rapports internationaux, Rec. des Cours de l'Académie de droit international », T. 51, 1935, p. 369 ; Sauser-Hall, « L'arbitrage en droit international privé », *Annuaire de l'Institut de droit international*, 49^e vol. 1952, p. 583 ; Bruns et Motulsky, « Tendances et perspectives de l'arbitrage international », *Rev. int. dr. comp.*, 1957, p. 726 ; Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1961, p. 535 ; Mezger, note sous Caen, 22 oct. 1959, *Rev. crit. dr. int.*, 1960, p. 597.

(17) Bruns et Motulsky, *op. et loc. cit.*

exequatur (18). La Cour de Caen, le 22 octobre 1959 (19), déclarait que l'exequatur hollandais était indispensable pour donner à la sentence la force exécutoire dans son pays et que cette force exécutoire était nécessaire pour permettre l'exequatur en France, mais il semble bien qu'elle ait été poussée par le désir d'affirmer que l'exequatur ne pouvait transformer la nature de la sentence (20).

La jurisprudence déclare la plupart du temps que la sentence peut recevoir l'exequatur sans avoir été préalablement exécutoire à l'étranger, à cause de son caractère contractuel (21). La Cour de Paris, le 27 mars 1962, sans faire appel à la nature contractuelle de l'arbitrage, affirme que « la sentence rendue par l'autorité arbitrale est investie en soi de l'autorité de la chose jugée et peut fort bien être rendue exécutoire en France sans que l'homologation en ait été demandée en Angleterre » (22).

461. — Les Conventions internationales repoussent également l'exigence de l'exequatur du pays d'origine.

La Convention de Genève de 1927 demande cependant que la sentence soit devenue définitive dans les pays où elle a été rendue « en ce sens », dit l'article 1^{er}, lettre d, « qu'elle ne sera pas considérée comme telle si elle est susceptible d'opposition, d'appel ou de pourvoi en cassation (dans les pays où ces procédures existent) ou s'il est prouvé qu'une procédure tendant à contester la validité de la sentence est en cours ».

Le texte repousse donc très clairement, semble-t-il, la nécessité d'un double exequatur (23). Pour certains auteurs, cependant, « dès l'instant où la sentence doit être définitive dans le pays où elle a été rendue, elle doit y avoir atteint le stade de sa perfection complète » (24). D'autres font remarquer, plus justement, que l'exigence d'une sentence définitive risque bien d'amener les juges à demander l'exequatur du pays d'origine, pour être sûrs de l'extinction des voies de recours (25).

Aussi, la Convention de New York du 10 juin 1958 a-t-elle écarté même l'exigence d'une sentence définitive pour éviter précisément l'obli-

(18) Paris, 7 janv. 1833, S. 1833, 2, p. 145 ; Req. 15 nov. 1922, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1922, p. 497.

(19) Caen, 22 oct. 1959, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1960, p. 597, note Mezger.

(20) En ce sens, Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1961, p. 535.

(21) Tr. civ. Seine, 2 fév. 1926, *Clunet* 1927, p. 497 ; Douai, 30 mai 1902, *Clunet* 1902, p. 1023 ; 24 janv. 1928, *Clunet* 1928, p. 1235 ; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1928, p. 664 ; 18 oct. 1951, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1953, p. 422, note Y. L.

(22) Paris, 27 mars 1962, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1962, p. 535, note Mezger ; *Clunet* 1963, p. 468.

(23) Les travaux préparatoires sont encore plus explicites : M. Leitmaier déclarait à l'Assemblée de la Société des Nations : « La Commission a maintenu qu'au point de vue qu'elle envisage, ce qu'il faut considérer, c'est le caractère définitif de la sentence et non son caractère exécutoire dans le pays où elle a été rendue ».

(24) Niboyet, T. VI, (2), n° 2146.

(25) Robert, « La Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères », *Rev. arb.*, 1958, p. 70 ; Bredin, note sous Paris 20 oct. 1959, *Clunet* 1960, p. 456.

gation d'un exequatur préalable (26). Dans son article 5, lettre e, elle prévoit simplement que la reconnaissance et l'exécution de la sentence pourront être refusées si la partie demanderesse fournit la preuve « que la sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties ou a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, la sentence a été rendue ».

La Convention européenne sur l'arbitrage commercial international, du 21 avril 1961 (27) a de plus, dans son article 9, limité les causes d'annulation susceptibles de faire refuser l'exequatur en France.

462. — L'esprit des conventions internationales, comme celui de la jurisprudence française, est de refuser la nécessité d'un exequatur préalable à l'étranger. Mais il semble que la théorie de l'assimilation, sur laquelle s'appuie la jurisprudence française, ne soit pas indispensable pour ce faire. L'arrêt de la Cour de Paris du 27 mars 1962 (28) s'est appuyé pour repousser l'exigence d'un exequatur préalable sur l'autorité de la chose jugée que possède la sentence dès qu'elle a été rendue. Bien que cette thèse ne soit pas celle de la Cour de cassation, elle justifie parfaitement l'inutilité de l'exequatur à l'étranger.

§ 3. — *Le problème de la sentence homologuée dans son pays d'origine.*

463. — La théorie de l'assimilation paraît inutile pour résoudre le problème de savoir si l'exequatur du pays d'origine est nécessaire pour obtenir l'exequatur en France ; elle apparaît franchement inopportune lorsqu'il s'agit de savoir, à l'inverse, comment doit être obtenu l'exequatur d'une sentence qui a fait l'objet d'un exequatur à l'étranger.

La question ne semble pas avoir été soulevée en jurisprudence, jusqu'aux décisions rendues dans l'affaire Elmassian. La société anglaise Elmassian avait, après arbitrage à Londres, obtenu l'exequatur de la Haute Cour de Justice de Londres, et, pour passer à l'exécution en France, sollicitait du Tribunal de Nancy un second exequatur de la sentence. Le Tribunal le 14 novembre 1955 (29) rejette la demande, mais sans émettre de doute sur la validité d'une telle saisine. La Cour de Nancy, le 29 janvier 1958 (30), accorde l'exequatur et se prononce expressément pour la compétence du Tribunal tout entier : « en l'espèce, dit-elle, la sentence de l'arbitre a été homologuée par l'autorité judiciaire anglaise, et le Tribunal civil était compétent à l'exclusion du

(26) Robert, art. préc. ; Bruns et Motulsky, art. préc., p. 726 ; Carabiber, « L'arbitrage international de droit privé », 1960, p. 102.

(27) *Rev. arb.*, 1961, p. 196 ; D. 1961, Chr. Robert, p. 173 et ss.

(28) Paris, 27 mars 1962, préc.

(29) Tr. civ. Nancy, 14 nov. 1955, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1956, p. 120, note Mezger ; *Rev. arb.*, 1956, p. 31 et p. 10, obs. Carabiber ; *Rev. trim. dr. com.*, 1956, p. 368, obs. Loussouarn ; Commentaire Klein, G.P. 1956, I, p. 41.

(30) Nancy, 20 janv. 1958, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, p. 148, note Mezger ; *Rev. arb.*, 1958, p. 122 ; Commentaire Loussouarn, p. 114 ; Clunet, 1959, p. 128, note Robert.

Président du Tribunal pour se prononcer sur l'exequatur de la sentence faisant corps avec le jugement étranger qui l'a homologuée ».

La Cour de cassation, le 14 juin 1960 (31), repousse la théorie soutenue par la Cour de Nancy, en disant que l'homologation donnée à la sentence par la Haute Cour de Justice n'a pas eu pour effet de rendre applicable la convention franco-britannique du 18 janvier 1934 sur les jugements.

464. — Le même problème s'est posé également à propos d'une sentence anglaise homologuée par la Haute Cour de Justice, devant le Tribunal de grande instance de Meaux, le 2 avril 1958 (32) et ensuite devant la Cour de Paris, le 20 octobre 1959. Le tribunal de Meaux déclare que seul le Président du Tribunal est compétent, à l'exclusion du Tribunal tout entier, alors qu'en appel, la Cour de Paris affirme au contraire que la compétence du Tribunal est possible — sans dire si elle est obligatoire — parce que la sentence avait reçu l'exequatur dans son pays d'origine et devait être assimilée aux jugements. La Cour de Caen, le 22 octobre 1959 (33), saisie du même problème relativement à une sentence hollandaise, affirme qu'il est « sans intérêt que la décision arbitrale étrangère ait été revêtue de l'exequatur de l'autorité judiciaire du pays d'origine ; que cette formalité n'a point pour résultat de modifier la nature essentielle de la sentence et de la transformer en jugement ».

L'Ordonnance du Président du Tribunal de grande instance de la Seine, statuant en référé, le 20 janvier 1961 (34), admet également la compétence du seul Président pour accorder l'exequatur à une sentence dont l'exécution avait déjà été ordonnée dans l'Etat de New York.

465. — Ces décisions jurisprudentielles ont été accueillies diversement en doctrine ; le problème n'est d'ailleurs pas facile à résoudre.

L'obligation de recourir au Tribunal tout entier a suscité une grande hostilité, de la part notamment de M. Mezger. L'auteur fait remarquer que, dans l'arrêt du 27 juillet 1937, la Cour de cassation avait affirmé la compétence du seul Président dans une hypothèse où la sentence avait été très probablement exequaturée dans son pays d'origine (35). L'exigence de l'exequatur par le Tribunal tout entier lui paraît une véritable aberration (36), et il ajoute « il n'est pas dou-

(31) Civ. 14 juin 1960, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1960, p. 393, et le commentaire de M. Franceskakis : « Des sentences arbitrales étrangères non motivées d'après l'arrêt Elmassian », p. 297 ; J.C.P. 1961, II, 12 273, note Motulsky ; *Clunet* 1961, p. 168, obs. Sialelli ; *Rev. tr. dr. com.*, 1960, 957, obs. Loussouarn ; *Rev. arb.*, 1960, p. 97.

(32) Tr. gr. inst. Meaux, 2 avr. 1958, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1959, p. 148, note Mezger ; *Clunet* 1959, p. 1162, note Bredin.

(33) Caen, 22 oct. 1959, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1960, p. 597, note Mezger ; *Clunet* 1961, p. 142, note Bredin ; *Rev. tr. dr. com.*, 1961, p. 218, obs. Loussouarn ; *Rec. gén. Lois*, 1960, obs. Simon-Depître, p. 393.

(34) Tr. gr. inst. Seine 20 janv. 1961, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1962, p. 538, note Mezger ; *Clunet* 1961, p. 1130, note Goldman.

(35) Mezger, note sous l'arrêt de la Cour de Nancy du 29 janv. 1958, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, préc., p. 153.

(36) Mezger, note sous Caen, 22 oct. 1959, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1960, préc., p. 597.

teurs, en bonne logique, qu'une sentence étrangère qui a déjà bénéficié d'un exequatur dans son pays d'origine ne peut être moins bien traitée qu'une sentence pure et simple » (37).

L'argument, qui a pu paraître déterminant (38), a d'ailleurs été repris par le Président du Tribunal de grande instance de la Seine, le 20 février 1961 (39).

Il semble que cette thèse, jugée « la plus simple, la plus nette et la plus sûre » (40) est non seulement logique, surtout dans l'optique de l'assimilation des sentences étrangères aux sentences françaises, mais encore fondée en pratique, puisqu'elle évite à la sentence le lourd appareil de l'exequatur des jugements étrangers, peu conforme à la célérité que requiert l'arbitrage.

466. — Une fraction de la doctrine cependant, a pu se demander si la partie qui avait pris la peine de faire prononcer un jugement d'homologation à l'étranger, ne devrait pas être au moins à même de choisir, en France, la voie de l'exequatur des jugements.

Cette faculté d'option, préconisée dès 1956 (41), rencontre de fervents partisans qui la trouvent « légitime » (42) ou « raisonnable » (43).

On a écrit à ce sujet que « ce serait un singulier paradoxe que les tribunaux français, séduits par l'assimilation, fassent plus confiance aux sentences arbitrales qu'aux jugements venant de l'étranger » (44). Or, comme le soulignent les partisans de la faculté d'option, le créancier peut préférer la procédure plus lourde de l'exequatur des jugements, qui offre des garanties plus efficaces ; la révision au fond, notamment, peut être recherchée. A l'inverse, l'atténuation de l'ordre public international, qui joue pour les jugements et non dans la procédure de l'article 1020 du Code de procédure civile, permet d'accorder l'exequatur à une sentence qui serait annulée sans cela (45). De plus, le créancier peut vouloir être fixé rapidement sur la validité de la sentence, et les voies de recours contre les jugements sont enfermées dans des délais stricts, alors que la tierce opposition et l'opposition de l'article 1028 ne sont pratiquement soumises à aucun délai.

(37) Mezger, note sous Tr. civ. Nancy, 14 nov. 1955, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1956, préc., p. 125.

(38) Loussouarn, Commentaire de l'arrêt de la Cour de Nancy, *Rev. arb.*, 1958, p. 114.

(39) Ord. 20 fév. 1961, préc.

(40) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1961, p. 535.

(41) Mezger, note préc. sous Tr. civ. Nancy, 14 nov. 1955 ; voir également note sous Caen, 22 oct. 1959, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1960, p. 597.

(42) Loussouarn, commentaire préc.

(43) Bredin, notes préc. sous Caen, 22 oct. 1959 et sous Paris, 20 oct. 1959 ; Carabiber, *Juriscl. inter.* Fasc. 587.

(44) Bredin, note préc. sous Paris, 20 oct. 1959.

(45) Mezger, note préc. sous Tr. civ. Nancy, 14 nov. 1955 ; l'auteur donne l'exemple d'un arbitrage sur une question de divorce ; la sentence ne peut recevoir l'exequatur, en tant que telle, car il s'agit d'un domaine où l'on ne peut compromettre ; mais le Tribunal, faisant jouer la notion d'ordre public atténué, donnera l'exequatur à la sentence entérinée par le juge étranger si c'est une forme de consentement mutuel.

467. — S'il est quelquefois plus avantageux pour le créancier de choisir la voie de l'exequatur des jugements, on peut se demander cependant si l'option peut lui être légitimement ouverte. En effet, sur le plan de la technique juridique, si la sentence exequaturée à l'étranger est devenue un véritable jugement, c'est l'exequatur des jugements qui seul doit être admis ; si elle garde au contraire son caractère de sentence arbitrale, la procédure de l'article 1020 du Code de procédure doit jouer. De toute façon, il ne semble pas possible de laisser au créancier le choix de la qualification. De plus, l'option risque d'une part, ainsi qu'on l'a remarqué (46) de consacrer un véritable détournement de procédure, en transformant la nature du contrôle exercé par le juge français, et, d'autre part, d'ouvrir la porte à la fraude. Les pouvoirs du tribunal, en matière d'exequatur des jugements, tout en étant plus étendus que ceux du Président du Tribunal en matière d'exequatur des sentences, ne les recouvrent pas entièrement. Le Tribunal de Meaux (47), lorsqu'il déclare que l'on ne peut priver arbitrairement le défendeur des garanties offertes par l'article 1028, nous paraît être dans le vrai ; s'il est exact que le créancier peut avoir un intérêt sérieux à se prévaloir de la procédure d'exequatur des jugements, il se peut aussi que cet intérêt ne soit pas légitime.

468. — En fait, la solution à adopter n'est pas uniforme ; elle dépend essentiellement de la nature du jugement d'homologation étranger.

Un commentateur de l'arrêt rendu par la Cour de Caen (48) fait observer fort pertinemment que si le jugement d'exequatur ne transforme pas la nature de la sentence, « pas davantage le fait que cette décision judiciaire permet l'exécution d'une sentence arbitrale ne suffit à altérer sa propre nature ».

Or il est incontestable que dans certaines hypothèses, l'homologation par les tribunaux étrangers transforme la sentence en jugement, et qu'elle en devient en réalité une procédure judiciaire (49).

On l'a dit à propos des sentences anglaises homologuées par la Haute Cour de Justice, dont les décisions sont de véritables jugements (50).

Nous partageons le point de vue d'un auteur (51), pour qui le problème repose sur l'analyse du rôle du Tribunal vis-à-vis de la sentence arbitrale.

469. — M. le Professeur Motulsky, qui adopte la même thèse (52),

(46) Hébraud, obs. *Rev. trim. dr. civ.*, 1960, p. 162.

(47) Tr. gr. inst. Meaux, 2 avr. 1958, préc.

(48) Bredin, note préc. sous Caen, 22 oct. 1959.

(49) Batiffol, n° 747, p. 875, note 13 ; Franceskakis, *Rep. civ. V° Jugements étrangers*, n° 148 ; Niboyet, T. V, n° 1980.

(50) Hébraud, obs. *Rev. tr. civ.*, 1960, p. 162.

(51) Mme Simon-Depitre, obs. *Rec. gén. Lois* 1960, p. 393.

(52) Motulsky, note sous Cass. 14 juin 1960, J.C.P. 1961, II, 12 273.

pense que c'est dans la loi étrangère en cause que le juge français doit rechercher l'exacte portée de la décision accordant l'exequatur : ou l'on est en présence d'une procédure semblable à celle de l'article 1020, voire même d'une homologation, auquel cas l'auteur réserve la faculté d'option au créancier ; ou le jugement s'est substitué à la sentence, et seul l'exequatur des jugements sera possible, sans qu'il soit permis de rechercher si la procédure est plus ou moins favorable aux défendeurs.

Nous ne croyons pas qu'il faille chercher les concepts en cause dans la loi étrangère, mais plutôt dans la loi française, car il s'agit d'un problème concernant l'ordre public. C'est d'après sa propre loi que le juge examine, lorsqu'il est saisi de l'opposition à l'ordonnance d'exequatur, la conformité de la sentence qui lui est soumise avec les règles prévues par l'article 1028 du Code de procédure civile ; c'est la même loi qui lui dicte la qualification de la décision d'homologation. Ce sont, là encore, des notions institutionnelles, qui mettent en cause l'ordre public français. Certes, le juge français doit tenir compte de la loi étrangère ; il peut y trouver des garanties équivalentes à la motivation de la sentence en France, ou passer sur l'exigence d'un compromis ignoré par la loi du pays de la sentence ; de même il lui est loisible de rechercher dans la loi étrangère si la décision d'homologation, qui ne lui paraît pas un véritable jugement au sens de la loi française, n'est pas entourée de circonstances qui lui confèrent ce caractère.

470. — Comme dans le système proposé par M. Motulsky, le juge sera donc conduit à scruter la loi étrangère. Il ne semble pas que ce soit une raison suffisante pour repousser la discrimination à faire, comme on l'a suggéré, au motif qu'une telle recherche ne peut aboutir qu'à un résultat chaotique et arbitraire, et que l'option, solution unique, est bien préférable (53).

Le juge français est assez obligé, en matière d'arbitrage, d'étudier la loi étrangère, pour que l'examen auquel il se livre ne soit pas « nécessairement artificiel » ; de plus, il est de mauvaise technique juridique d'ouvrir une option au motif d'éviter au juge une tâche ingrate ou délicate.

Nous croyons donc que si la décision d'homologation est un véritable jugement, au sens de l'ordre public institutionnel français, ce sont les règles sur l'exequatur des jugements qui sont applicables. Si au contraire, la décision d'homologation est une procédure qui laisse subsister la sentence en tant que telle, c'est l'exequatur des sentences arbitrales qui doit jouer. La jurisprudence nous paraît s'engager dans cette voie, ce qui explique, semble-t-il, les apparentes contrariétés de décision.

(53) Bredin, note préc.

SECTION II

LES POUVOIRS DU JUGE DE L'ORDONNANCE D'EXEQUATUR

471. — Malgré la théorie de l'assimilation des sentences étrangères aux sentences françaises, les pouvoirs du Président qui rend l'ordonnance d'exequatur sont très différents, suivant qu'il s'agit de l'une ou de l'autre catégorie de sentences. Et le fait est d'autant plus remarquable que c'est sur ce terrain que l'assimilation devait apporter les meilleurs résultats, en évitant l'application du système prévu pour les jugements étrangers.

Pour faire ressortir l'opposition, nous distinguerons :

§ 1. — Les pouvoirs du juge vis-à-vis de la sentence française.

§ 2. — Les pouvoirs du juge vis-à-vis de la sentence étrangère.

§ 1. — *Les pouvoirs du juge vis-à-vis de la sentence française.*

472. — Le contrôle *a posteriori* de la sentence est suffisamment assuré par l'appel et l'opposition à ordonnance d'exequatur, et l'exequatur n'est destiné qu'à donner la force exécutoire à la sentence, du moins dans l'optique du Code de procédure civile. Aussi les rédacteurs ont-ils prévu la procédure simple, et non contradictoire, des ordonnances sur requête.

Le magistrat chargé de rendre l'ordonnance n'a donc, en principe, aucun pouvoir en ce qui concerne la sentence au fond (54). Il vérifie la régularité de la sentence du point de vue formel ; il s'assure du respect des conditions substantielles sans lesquelles l'acte des arbitres ne serait pas une sentence. L'exequatur devra être refusé, d'après la Cour de cassation (55), lorsque les arbitres ont méconnu les stipulations des parties en dépassant les limites assignées dans le compromis.

Cependant, on reconnaît au Président la faculté de refuser l'exequatur lorsque la sentence elle-même, bien qu'il s'agisse du fond, présente une atteinte manifeste à l'ordre public. Plusieurs arrêts l'affirment

(54) Sur les pouvoirs du Président : Cuhe et Vincent, n° 624 ; Glasson, Tissier, Morel, T. V, n° 1 841 ; Garçonnet et César-Bru, T. VIII, n° 303 ; Rep. prat., v° *Arbitrage*, n°s 534 et ss. ; Morel, n° 734 ; Robert, n° 204 ; Solus, Cours de Licence 1960-1961, p. 826 ; Boulbès « Sentence arbitrale, autorité de la chose jugée et ordonnance d'exequatur », J.C.P. 1961, I, 1 660.

(55) Req. 9 juil. 1928, S. 1930, 1, p. 17, note Niboyet ; D.P. 1928, 1, p. 173, note Crémieu ; 30 juil. 1952, D. 1952, p. 724.

dont un très ancien de la Cour de Paris, du 2 février 1861 (56), qui fait appel à la dignité du magistrat, laquelle ne peut donner son sceau à une sentence en contradiction flagrante avec l'ordre public.

473. — Le critère de l'atteinte à l'ordre public, susceptible d'entraîner le refus de l'exequatur, ne réside d'ailleurs pas exclusivement dans la gravité de la violation. Le juge n'a pas qualité pour examiner le fond, mais le contrôle de la régularité formelle de la sentence peut l'amener à constater une violation qui touche au fond. Seuls les vices qui apparaissent à l'examen « externe » pourront être sanctionnés. Ainsi le Tribunal de la Seine, le 27 février 1936 (57), a-t-il fixé les limites des pouvoirs du Président en cette matière en précisant qu'il devait refuser l'exequatur uniquement à la sentence « dont le dispositif ou les motifs révélaient qu'elle est contraire à l'ordre public, sans rechercher les circonstances extrinsèques aux énonciations mêmes de la sentence ».

Dans la même ligne, l'arrêt de la Cour d'Aix du 16 octobre 1962 (58) affirme que l'exequatur d'une sentence arbitrale non motivée doit être refusé, parce qu'il « appartient au juge à qui est demandée l'exécution de la sentence arbitrale et auquel s'impose en tout état de cause le respect des règles d'ordre public de vérifier la validité de la sentence, indépendamment des moyens invoqués contre la validité du compromis lui-même en vertu de l'article 1028 du Code de procédure civile ».

Nous pensons avec le commentateur de l'arrêt (59) que la formule quelque peu ambiguë désigne les vices intrinsèques de la sentence qui apparaissent au seul examen de celle-ci.

§ 2. — *Les pouvoirs du juge vis-à-vis de la sentence étrangère.*

474. — Elaborée précisément à propos des pouvoirs accordés au juge de l'exequatur, la théorie de l'assimilation avait pour objectif d'éviter deux des conséquences de l'exequatur, la révision au fond et avec elle l'exigence d'une motivation rigoureuse. Or, sur ces deux points, elle se révèle moins utile qu'on ne pouvait le croire ; et de plus, le contrôle exercé par le magistrat chargé de l'ordonnance est finalement, malgré l'assimilation, très différent.

475. — Le principe de la révision au fond, qui permet au juge de refuser l'exequatur s'il estime qu'un point de droit ou de fait a été

(56) Paris, 2 fév. 1861, D.P. 1862, 2, p. 18 ; Tr. civ. Seine, 27 fév. 1936, D.H. 1936, p. 246 ; Orléans, 15 mai 1961, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1961, p. 779, note Mezger ; J.C.P. 1961, II, 12 356, note J.A. ; Clunet 1962, p. 140, note Goldman ; Aix 16 oct. 1962, J.C.P. 1962, II, 12 923, note Level ; en ce sens également Robert, *ibidem* ; Carabiber, *Jurisl. inter.*, fasc. 587, n° 9.

(57) Tr. civ. Seine, 27 fév. 1936, préc.

(58) Aix, 16 oct. 1962, préc.

(59) Level, note sous Aix 16 oct. 1962, J.C.P. 1962, II, 12 923.

mal jugé, a été posé par la Cour de cassation au siècle dernier (60). La doctrine est unanime à critiquer ce pouvoir donné aux juges français, qui a pour conséquence d'obliger les parties à recommencer, en fait, un nouveau procès, le jugement étranger étant pratiquement lettre morte (61). Aussi la jurisprudence est-elle sur la voie de l'abandon de la révision, notamment depuis l'arrêt de la Cour de Paris du 21 octobre 1955 (62), qui dénonce en termes très éloquents son caractère d'institution juridiquement anachronique qui ne repose sur aucun texte de loi et que notre pays est un des seuls Etats civilisés à employer, et surtout depuis les arrêts rendus par la Cour suprême les 8 janvier 1963 et 7 janvier 1964 (63).

476. — Quant aux sentences arbitrales, la Cour de cassation a, dès le 8 décembre 1914 (64), écarté le pouvoir de révision en se fondant sur la nature contractuelle de l'arbitrage ; elle affirme « que les juges ont pu admettre la validité, en France, de la sentence, et qu'ils n'eussent pu, sans méconnaître les effets légaux d'un contrat dont elle est issue, en réviser au fond les dispositions ». L'arrêt du 9 juillet 1928 (65) déclarait plus fermement encore « que les contrats, lorsqu'ils ne sont entachés d'aucun vice, obligent, en quelque lieu que ce soit, ceux qui les ont consentis ; que dès lors, si la Cour d'appel avait le devoir de vérifier la validité, en France, de la sentence, il ne lui appartenait pas de la réviser au fond et de méconnaître ainsi les effets légaux du contrat en vertu duquel elle avait été rendue ».

Une seule voix discordante s'est élevée dans la jurisprudence pour affirmer le pouvoir de révision au fond du juge de l'exequatur, celle du jugement du Tribunal Civil de Nancy, du 14 novembre 1955 (66) rendu dans l'affaire Elmassian, parce que la désignation judiciaire de l'arbitre aurait transformé la sentence en véritable jugement ; la Cour d'appel a d'ailleurs fait justice de ce raisonnement (67).

477. — Il est vrai que la révision, bien critiquable en matière de jugement étranger, est insupportable en matière de sentence arbitrale :

(60) Civ. 18 avr. 1819, S. 1819, 1, p. 228 ; Req. 1 avr. 1839, D.P. 1839, 1, p. 172 ; Req. 11 janv. 1843, D.P. 1843, 1, p. 305 ; S. 1843, 1, p. 671 ; Req. 24 fév. 1846, D.P. 1846, 1, p. 153 ; S. 1846, 1, p. 474 ; Req. 21 août 1882, S. 1882, 1, p. 425, note Labbé.

(61) Sur les différences subsistant entre un progrès entièrement nouveau et l'exequatur, Batiffol, n° 765.

(62) Paris, 21 oct. 1955, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1955, p. 769, note Batiffol ; J.C.P. 1955, II, 9 047, note Motulsky ; D. 1956, p. 61, note Franceskakis ; Clunet 1956, p. 164, note Sialelli ; Sarraute, « Droit international privé 1957 », C.P. 1957, p. 67.

(63) Cass. 8 janv. 1963, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1963, p. 109, note Holleaux ; J.C.P. 1964, II, 13 470, note Ph. F., 7 janv. 1964, J.C.P. 1964, II, 13 590, note Ancel.

(64) Req. 8 déc. 1914, D.P. 1916, 1, p. 194.

(65) Req. 9 juil. 1928, D.P. 1928, 1, p. 173, note Crémieu ; S. 1930, 1, p. 17, note Niboyet.

(66) Tr. civ. Nancy, 14 nov. 1955, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1956, p. 120, note Mezger.

(67) Nancy, 29 janv. 1958, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, p. 148, note Mezger.

comme chaque fois que le problème se pose de soumettre le fond d'une sentence à une juridiction officielle, on voit mal les règles suivant lesquelles celle-ci va statuer ; de plus, vis-à-vis d'une sentence étrangère, le magistrat qui rend l'ordonnance d'exequatur aurait plus de pouvoirs que le juge du pays d'origine (68).

Aussi, les partisans de la nature juridictionnelle de l'arbitrage rejettent-ils la révision, Bartin, parce que le fondement du pouvoir judiciaire est la volonté des parties, non la délégation de souveraineté (69), Niboyet, parce que les jugements sont privés de l'autorité de la chose jugée pour des raisons politiques qui n'existent pas lorsque les arbitres tiennent leurs pouvoirs de la volonté des parties (70). Le projet de la cinquième conférence de La Haye de 1925, qui avait assimilé la sentence à un jugement étranger, excluait le pouvoir de révision.

En fait, il semble bien, surtout dans l'optique de la jurisprudence actuelle, qu'il était inutile d'assimiler les sentences étrangères aux sentences françaises, pour leur éviter l'application des règles concernant l'exequatur des jugements, puisque les partisans de la théorie juridictionnelle l'écartent d'eux-mêmes.

478. — L'assimilation n'a d'ailleurs pas comme conséquence la similitude des pouvoirs du juge de l'exequatur d'une sentence française et d'une sentence étrangère. Certes, le magistrat chargé de rendre l'ordonnance doit s'abstenir de vérifier s'il y a mal jugé, mais l'appel étant exclu en la matière, c'est à lui qu'il incombe de vérifier si la décision ne heurte pas l'ordre public international français. Les sentences étrangères vont donc subir un examen au fond : « il n'est sans doute pas question pour elles de la loi appliquée », écrit un auteur (71), « mais la méconnaissance des règles de conflits de lois heurte l'ordre public, au moins en tant que la loi française était compétente, et le Président peut relever toute nullité d'ordre public ». La Cour de Paris, dans son arrêt du 27 mars 1962 (72), est fort explicite quant aux pouvoirs du juge saisi de l'exequatur d'une sentence étrangère : « il appartient alors au juge auquel l'exequatur est demandé d'exercer son contrôle suivant les normes admises par le droit international privé français et de vérifier notamment si les règles relevant de l'ordre public international ont été violées. »

Le rôle du juge se révèle donc très différent lorsqu'il s'agit d'une sentence française ou étrangère. Sans doute, dans le premier cas, il doit relever les infractions à l'ordre public, mais seulement celles qui apparaissent au simple examen externe de la sentence, alors que cette limitation n'existe pas pour le contrôle de la sentence étrangère, dont il ne peut apprécier le bien-jugé ; il lui faut cependant se livrer à un

(68) En ce sens, Klein, *op. cit.*, 1955, p. 278.

(69) Bartin, *op. cit.*, § 219.

(70) Niboyet, T. VI, 2, n° 1986.

(71) Batiffol, n° 767.

(72) Paris, 27 mars 1962, préc.

examen au fond pour vérifier si les règles concernant l'ordre public international français ont été respectées.

479. — La théorie de l'assimilation de la sentence étrangère à la sentence française n'est finalement d'aucun utilité pour trancher la question posée par l'absence de motifs d'une sentence étrangère ; à partir du moment où le juge de l'exequatur d'une sentence étrangère doit examiner la conformité de celle-ci avec l'ordre public français, il s'agit simplement de savoir si l'ordre public international peut tolérer que la sentence étrangère soit dépourvue de motifs. Outre que la théorie de l'assimilation conduit à distinguer soigneusement la sentence étrangère de la sentence française, pour laquelle l'obligation de motiver est impérative, il paraît de plus peu opportun de vouloir à tout prix éviter le régime de l'exequatur des jugements étrangers. Si l'on trouve des décisions refusant l'exequatur d'un jugement étranger, parce que le juge n'avait pas été mis à même de contrôler les motifs (73), les décisions plus récentes ne font pas preuve de la même sévérité (74), pourvu que le jugement ou les documents produits permettent au juge français « d'apprécier et de contrôler la régularité de la décision et de rechercher si la décision donnée est ou non contraire à l'ordre public » (75).

480. — C'est semble-t-il la position actuelle de la jurisprudence en ce qui concerne l'arbitrage.

L'absence de motifs n'est pas contraire à l'ordre public international français (76).

Une certaine partie de la doctrine est délibérément opposée à l'exigence de la motivation des sentences étrangères. Les auteurs mettent

(73) Alger, 14 juin 1906, D.P. 1909, 2, p. 82 ; Trib. civ. Seine, 15 oct. 1930, G.P. 1931, 2, p. 943 ; Clunet 1932, p. 678 ; 10 avr. 1934, D.H. 1934, p. 373 ; Clunet 1934, 1 188 ; 6 déc. 1934, lunet 1935, p. 106.

(74) Le Tribunal civil de la Seine déclare notamment, dans son jugement du 4 avril 1951 (J.C.P. 1953, II, 7408, note J.H.) que « si en France la plupart des décisions sont motivées, en matière pénale les décisions les plus graves, et en matière civile les jugements d'adoption, ne le sont pas » ; voir également : Tr. civ. Corbeil, 5 mars 1952, G.P. 1952, 2, p. 131 ; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1952, p. 519, note Franceskakis ; Tr. civ. Seine, 15 mars 1956, D. 1956, som., p. 167 ; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1957, p. 97, note H.B.

(75) Tr. civ. Seine, 15 mars 1956, préc., Civ. 11 juil. 1961, (2 arrêts), *Bull. civ.*, 1961, I, n° 396, p. 313 ; D. 1961, p. 577, note Holleaux ; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1961, p. 815, note Motulsky ; 26 déc. 1961, *Bull. civ.*, 1961, I, p. 497, n° 627 ; les auteurs font la même réserve : voir par exemple Batiffol, n° 759 ; Motulsky, note préc. sous Civ. 11 juil. 1961. X

(76) Paris, 22 janv. 1954, J.C.P. 1955, II, 8 566, note Motulsky ; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1955, p. 165, note Mezger ; *Rev. arb.*, 1955, p. 18 ; 9 déc. 1955, D. 1956, p. 217, note Robert ; *Rev. arb.*, 1955, p. 101 ; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1956, p. 523, note Motulsky ; 27 mars 1962, préc., Tr. civ. Toulouse, 21 mars 1955, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1956, p. 112, note Mezger ; Douai, 8 juil. 1954, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1955, p. 165, note Mezger ; Nancy, 29 janv. 1958, préc. ; Tr. civ. Grasse, 30 mai 1956, G.P. 1956, 2, p. 164 ; *Rev. arb.*, 1956, p. 105 ; Tr. civ. Monaco, 17 juin 1957, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, p. 139, note Mezger ; *Rev. arb.*, 1957, p. 106 ; Tr. civ. Seine, 23 fév. 1961, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1962, p. 531.

généralement en avant les besoins du commerce international : « l'habitude contraire est quantitativement répandue dans le monde et (qu)'elle a cours qualitativement dans des systèmes juridiques hautement perfectionnés » (77).

481. — Cependant, la Cour de cassation, saisie du problème dans l'affaire Elmassian le 14 juin 1960 (78), ne se prononce pas en faveur d'une admission aussi générale de la sentence non motivée. Elle dit seulement que l'absence de motifs n'est pas « en soi » contraire à l'ordre public international.

Lorsqu'il s'agit d'une sentence anglaise — ce qui est le cas pour presque tous les arrêts précédents — l'absence de motivation est compensée par le rôle important de la juridiction officielle, qui surveille constamment les opérations des arbitres, et qui constitue une « garantie tout au moins égale aux motifs que les sentences doivent contenir en droit continental » (79).

Ainsi qu'on l'a écrit (80) « la pensée de la Cour paraît être que la garantie de bonne justice procurée par l'obligation de motiver, peut trouver des équivalents dans d'autres dispositions de procédure dont l'observation permettra d'accueillir la sentence en France ».

482. — Cette opinion, commune à tous les commentateurs de l'arrêt, ne semble pas avoir influencé la Cour de Paris, qui, le 27 mars 1962 et le 30 mai 1963 (81), affirme sans restriction que le défaut de motifs n'est pas contraire à l'ordre public, à propos de sentences américaines dont le contrôle judiciaire est sans doute moins accentué que celui des sentences françaises.

Cette attitude, approuvée par un auteur, parce que seule elle tient compte des réalités du commerce international (82), nous paraît cependant critiquable. Les exigences du commerce international, si fortes soient-elles, ne peuvent entrer en conflit avec l'ordre public international français. L'arbitrage n'y gagnerait rien, sinon un surcroît de défaveur auprès des juridictions officielles, qui en accentueraient le contrôle jusqu'à une paralysie au moins aussi grande.

483. — Le système, proposé par la Convention de Genève du

(77) Franceskakis, « Des sentences arbitrales étrangères non motivées d'après l'arrêt Elmassian de la Chambre civile », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1960, p. 296 ; dans le même sens, Klein, « A propos de l'exécution des sentences arbitrales étrangères », *G.P.* 1956, I, D., p. 41 ; David « Arbitrage et droit comparé », *Rev. int. dr. comp.*, 1959, p. 5 ; Loussouarn, « De l'exequatur des sentences arbitrales étrangères non motivées », *D.* 1957, p. 191.

(78) Civ. 14 juin 1960, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1960, p. 393 ; *J.C.P.* 1961, II, 12 273, note Motulsky.

(79) Franceskykis, *ibidem*.

(80) Hébraud, *obs. Rev. tr. dr. civ.*, 1961, p. 174.

(81) Paris, 27 mars 1962, préc. ; 30 mai 1963, *J.C.P.*, II, 13 338, note Motulsky ; *Rev. arb.* 1963, p. 93.

(82) *Ibidem*.

21 avril 1961 dans son article 8 (83), est d'ailleurs en harmonie avec l'arrêt Elmassian, et semble réaliser un heureux équilibre, qui ménage à la fois les exigences du commerce international et le respect de l'ordre public international français. La Convention prévoit que « les parties sont présumées avoir entendu que la sentence arbitrale soit motivée, sauf si les parties ont déclaré expressément que la sentence ne doit pas l'être, ou si elles se sont soumises à une procédure arbitrale dans le cadre de laquelle il n'est pas d'usage de motiver les sentences, et pour autant, dans ce cas, que les parties ou l'une d'elles ne demandent pas expressément, avant la fin de l'audience, ou, s'il n'y a pas eu d'audience, avant la rédaction de la sentence, que la sentence soit motivée ».

C'est au fond la solution préconisée par un auteur, qui voudrait que, lorsque le droit étranger ne présente pas des garanties équivalentes à la motivation, les parties soient présumées avoir renoncé à celle-ci, quitte à fournir la preuve contraire (84). Certes, il deviendra difficile de prouver l'atteinte aux droits de la défense, mais ce sera « la rançon » de la renonciation à la motivation.

SECTION III

LES RECOURS CONTRE L'ORDONNANCE D'EXEQUATUR

484. — Le juge jouit, en définitive, de pouvoirs importants, et peut donc refuser ou accorder à tort l'exequatur, ce qui pose les problèmes des recours possibles.

L'ordonnance d'exequatur rentre dans la catégorie des ordonnances sur requête, qui ont donné lieu sur ce point à des difficultés sans nombre. Sur le principe même du recours, la doctrine a abandonné la distinction fondée sur la nature de l'acte (85) et dès le 3 avril 1895, la Cour de cassation (86) admettait la possibilité de recours, en considérant non la nature de l'ordonnance, mais le fait qu'elle est une décision judiciaire susceptible de porter préjudice. Mais lorsqu'il s'agit d'adapter les voies de recours à l'ordonnance sur requête, en l'absence de toute disposition

(83) *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1961, p. 430 ; D. 1961, p. 172, chr. Robert ; *Rev. arb.*, 1961, p. 196.

(84) Motulsky, note préc. sous Civ. 14 juin 1960 ; « L'internationalisation du droit français de l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1963, p. 118 ; note préc. sous Paris 30 mai 1963, J.C.P. 1963, II, 13 338.

(85) Glasson, Tissier, Morel, T. III, n° 996 ; Morel, n° 234-235 ; Cuhe et Vincent, n° 80 et 632 ; Solus et Perrot, *Droit judiciaire privé*, T. I, n° 500 ; Cornu et Foyer, p. 100 ; H. Roland, « Chose jugée et tierce-opposition », thèse 1958, n° 223 et ss. ; Vizioz, obs. *Rev. trim. dr. civ.*, 1943, p. 279 ; 1945, p. 209 ; 1947, p. 82 ; Hébraud, obs. *Rev. trim. dr. civ.*, 1954, p. 143.

(86) Cass. 3 avr. 1895, D. 1896, I, p. 5, note Glasson ; S. 1895, I, p. 221.

législative, les difficultés sont grandes, d'autant qu'il semble bien que sous ce vocable unique se dissimulent en réalité plusieurs catégories d'actes (87). La nature particulière de l'ordonnance sur requête, qui s'accommode assez mal des voies de recours du droit commun, conduit certains auteurs à souhaiter pour elle un régime autonome (88).

A l'heure actuelle, les ordonnances sur requête sont susceptibles de deux sortes de recours :

— l'appel, qui porte l'affaire devant la juridiction du second degré, est ouvert au requérant en cas de refus exprimé par l'ordonnance, ou, lorsque celle-ci a un caractère contradictoire, par la partie à qui cette ordonnance fait grief. Cet appel est d'ailleurs de nature différente de l'appel ouvert contre les jugements (89).

— l'opposition ou tierce-opposition, de construction purement jurisprudentielle, et le référé, admis depuis longtemps avec la pratique de la clause dite de réserve de référé, insérée très fréquemment dans l'ordonnance, qui permettent de provoquer un débat contradictoire devant le magistrat qui a rendu la décision.

485. — La jurisprudence applique à l'ordonnance d'exequatur les règles concernant les ordonnances sur requête (90), mais en fait, des distinctions subtiles apparaissent, dictées par la nature particulière de l'ordonnance, sur laquelle la nature de l'arbitrage elle-même n'est pas sans exercer son influence.

Les tribunaux ne sont d'ailleurs pas fixés sur la question. Certaines décisions parlent de formalité pure et simple (91), d'autres d'acte de juridiction gracieuse (92), d'autres encore de décision contentieuse (93). La Cour de cassation, dans son arrêt du 25 mai 1962 (94), déclare que l'ordonnance n'a pas un caractère contentieux.

De ces divergences vont naître des difficultés dans l'agencement des recours contre l'ordonnance. Les voies de recours contre l'ordonnance d'exécution s'appliquent en principe de manière uniforme, qu'il s'agisse de sentence française ou étrangère. Il n'y a, en effet, aucune atteinte à l'ordre judiciaire étranger, l'ordonnance se plaçant dans le cadre de la force exécutoire à accorder ou à refuser à la sentence, sans toucher au fond même du litige.

Cependant, la jurisprudence française a compensé l'absence de

(87) Roland, thèse préc., n° 249 et ss.

(88) Solus et Perrot, n° 500.

(89) Cuhe et Vincent, n° 80 ; Vizioz, obs. *Rev. trim. dr. civ.*, 1943, p. 279 ; 1945, p. 209 ; 1947, p. 831 ; Raynaud, obs. *Rev. trim. dr. civ.*, 1953, p. 598 ; Hébraud, obs. *Rev. trim. dr. civ.* 1954, p. 142.

(90) Cuhe et Vincent, n° 632 ; Robert, n° 204 ; Paris 12 janv. 1937, D.H. 1937, p. 138 ; Paris 10 avr. 1957, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1958, p. 120, note Loussouarn ; J.C.P. 1957, II, 10 078, note Motulsky ; Clunet 1958, p. 1 002, note Goldman ; *Rev. arb.*, 1957, p. 16.

(91) Paris, 8 juil. 1942, D.A. 1943, p. 6 ; 31 mai 1954, J.C.P. 1954, IV, 151.

(92) Douai, 10 déc. 1901, D. 1903, 2, p. 129 ; Aix, 17 fév. 1956, D. 1957, som., p. 76.

(93) Paris, 12 janv. 1937, D.H. 1937, p. 138 ; 27 mars 1962, préc.

(94) Civ. 25 mai 1962, *Rev. arb.*, 1962, p. 103.

voies de recours contre la sentence étrangère par un contrôle qui s'exerce à l'occasion des voies de recours contre l'ordonnance, et celles-ci en prennent une importance accrue lorsqu'il s'agit des sentences étrangères.

Nous essayerons de le montrer en étudiant dans deux paragraphes :

§ 1. — L'appel contre l'ordonnance d'exequatur.

§ 2. — La tierce-opposition et le référé.

§ 1. — *L'appel contre l'ordonnance d'exequatur.*

486. — Comme en matière d'ordonnances sur requête, l'appel est permis au requérant soit en cas de refus d'exequatur (95), soit pour vice de forme et incompétence du magistrat qui a rendu l'ordonnance (96). Les auteurs sont tous d'accord sur ce point (97).

En revanche, il est traditionnellement exclu lorsque le requérant a obtenu satisfaction (98). On ne peut citer en sens inverse que de très vieux arrêts (99) ; la Cour d'Orléans, le 15 mai 1961 (100), en admettant l'appel direct contre l'ordonnance, a suscité de vives protestations de la part des commentateurs de l'arrêt.

Cependant, les raisons données par la jurisprudence de l'exclusion de l'appel ne sont pas satisfaisantes aux yeux de tous (101). Le motif invoqué le plus souvent par les arrêts est que l'ordonnance, aux termes de l'article 1028 du Code de procédure civile, n'est susceptible que d'une opposition devant le tribunal et que, par suite, l'appel direct ne peut être qu'irrecevable (102).

L'argument est pour le moins discutable. Malgré son nom, l'opposition à ordonnance d'exequatur crée un recours exceptionnel contre la sentence, mais non contre l'ordonnance qui a suivi, ainsi que la jurisprudence a fréquemment l'occasion de le rappeler (103). Il ne paraît donc pas opportun d'en faire état pour repousser l'appel (104).

(95) Douai, 10 déc. 1901, préc. ; Paris, 3 déc. 1931, G.P. 1932, 1, p. 415 ; Paris, 5 déc. 1963, J.C.P. 1964, II, 13 481, concl. Nepveu.

(96) Paris, 12 janv. 1937, préc. ; 8 juil. 1942, préc. ; Morel, n° 734 ; Robert n° 209 ; Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1954, p. 143.

(97) Glasson, Tissier, Morel, T. V, n° 385, note 1 ; Hébraud, obs. *Rev. trim. dr. civ.*, 1954, p. 143 ; Raynaud, obs. *Rev. trim. dr. civ.*, 1953, p. 578 ; Motulsky, note préc. sous Paris 22 janv. 1954.

(98) Paris, 28 nov. 1929, G.P. 1930, 1, p. 84 ; 8 juil. 1942, préc. ; 19 oct. 1953, D. 1953, p. 703 ; 31 mai 1954, préc. ; Dijon, 25 mai 1928, G.P. 1928, 2, p. 301 ; Aix, 17 fév. 1956, préc. ; Aix, 25 fév. 1958, Clunet 1959, p. 1132, note Bredin ; Orléans, 27 fév. 1961, *Rev. arb.* 1962, p. 111.

(99) Par ex. Paris, 2 fév. 1861, D.P. 1862, 2, p. 48.

(100) Orléans, 15 mai 1961, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1961, p. 778, note Mezger ; J.C.P. 1962, II, 12 356, note J.H.A. ; Clunet 1962, p. 654, note Bredin.

(101) Vizioz, obs. *Rev. trim. dr. civ.*, 1947, p. 82 ; Raynaud, *Rev. trim. dr. civ.* 1954, p. 167 ; 1957, p. 587 ; Hébraud, *Rev. trim. dr. civ.*, 1962, p. 162.

(102) Paris, 28 nov. 1929 ; 19 oct. 1953 ; Aix, 17 fév. 1956 ; Paris, 31 mai 1954, J.C.P. 1954, IV, p. 151.

(103) Paris, 12 janv. 1937, préc. ; 10 avr. 1957, préc.

(104) En ce sens Mezger, note sous Paris 22 janv. 1954, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1955, p. 174 ; Raynaud, obs. *Rev. trim. dr. civ.*, 1954, p. 167.

Certains auteurs se fondent sur le caractère non contentieux de la décision (105). Or, nous l'avons dit, ce n'est pas dans la nature de l'acte que l'on doit chercher la possibilité d'un recours (106), mais dans le fait que la décision est susceptible de faire ou non grief.

487. — Le demandeur à l'exequatur ne peut évidemment faire appel que de l'ordonnance de refus. Les motifs de pure technique juridique conduisent à refuser le droit de faire appel à celui contre qui l'exequatur est demandé : l'introduction de cette voie de recours, alors qu'il n'a pas été partie au débat, constituerait, suivant la formule d'un auteur un « raccourci audacieux » (107). La Cour d'Orléans, dans son arrêt du 27 février 1961 (108) semble se fonder essentiellement sur cette raison, en déclarant simplement que « l'appel d'une décision judiciaire n'est ouverte qu'aux parties ». De plus, le tiers bénéficie de l'opposition, qui lui permet de faire valoir ses arguments, puisqu'elle rend le débat contradictoire ; il lui est d'ailleurs loisible ensuite de porter le débat devant la Cour. L'admission de l'appel direct entraînerait de fâcheuses conséquences : ou bien l'appel et la tierce opposition, qui tendent aux mêmes fins, seraient concurremment admis, ce qui serait quelque peu illogique (109), ou bien l'appel excluerait la tierce opposition, et ferait perdre à l'autre partie une instance contradictoire (110).

Il semble donc conforme à une bonne technique juridique d'admettre l'appel seulement de la part du demandeur à l'exequatur, lorsqu'il n'obtient pas satisfaction. Cet appel aboutira simplement à l'annulation de l'ordonnance de refus. On a observé d'ailleurs qu'ici encore l'appel joue le rôle d'une voie de nullité (111).

§ 2. — La tierce opposition et le référé.

488. — La tierce opposition, comme le référé, permettent au tiers contre qui est délivrée l'ordonnance d'exequatur de ramener l'affaire devant le Président qui rend une nouvelle ordonnance, après un débat contradictoire. Les deux procédures ont le mérite d'élever le contentieux.

En ce qui concerne le référé, il s'agit quelquefois de la procédure prévue par la clause dite de réserve de référé, mais bien plus souvent de la procédure de tierce opposition, faite par voie de référé. Il s'agit en réalité de la même voie, dont un auteur a dit qu'« on exprime plutôt le fond quand on parle d'opposition ou de tierce opposition, et plutôt la forme quand on parle de référé » (112).

(105) Motulsky, note préc. sous Paris, 22 janv. 1954 ; surtout Bredin, note sous Aix, 25 fév. 1958, *Clunet* 1959, p. 1132 et sous Orléans, 15 mai 1961, *Clunet* 1962, p. 642.

(106) Raynaud, obs. *Rev. trim. dr. civ.*, 1957, p. 587.

(107) Hébraud, obs. *Rev. trim. dr. civ.*, 1962, p. 162.

(108) Orléans, 27 févr. 1961, *Rev. arb.*, 1962, p. 111.

(109) En ce sens, Bredin, note préc. sous Orléans, 15 mai 1961.

(110) En ce sens, Mezger, note préc. sous Orléans, 15 mai 1961.

(111) Hébraud, obs. *Rev. trim. dr. civ.*, 1954, p. 143.

(112) Hébraud, obs. *Rev. trim. dr. civ.*, 1962, p. 162.

La recevabilité du référé est donc liée à celle de la tierce opposition. Il semble que son admission ne fasse guère de doute (113).

Certains vont jusqu'à estimer que le demandeur à l'exequatur pourrait directement saisir le juge des référés, instaurant ainsi un débat contradictoire qui éviterait la tierce opposition, et restreindrait le désordre des voies de recours (114). Malgré l'avantage évident présenté par ce système d'autant plus acceptable que requête et référé sont deux procédures voisines, qui ne se distinguent que par le caractère contradictoire du référé, il semble trop contraire à la lettre de l'article 1020 du Code de procédure civile pour être appliqué sans une intervention législative (115).

489. — Quant à la tierce opposition, la jurisprudence, qui semble l'avoir admise depuis une décision du Tribunal civil de la Seine, le 27 février 1936 (116), se prononce très fermement pour sa recevabilité (117). Le 7 mai 1963 (118), la Cour de cassation eût pour la première fois, semble-t-il, l'occasion de prendre parti en faveur de l'admission de cette voie de recours dirigée contre l'ordonnance d'exequatur d'une sentence étrangère, en cassant un arrêt rendu par la Cour d'Aix, le 25 février 1958 (119), qui avait approuvé le juge des référés de s'être déclaré incompétent pour accueillir la tierce opposition formée contre l'ordonnance d'exequatur, aucun texte ne l'autorisant à se saisir valablement d'un tel litige.

Les auteurs sont presque unanimes à se féliciter de la large admission de la tierce opposition en droit international (120) où elle correspond,

(113) Douai, 8 juil. 1954, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1955, p. 172, note Mezger ; Tr. gr. inst. Seine (référés) 20 fév. 1961, *Clunet* 1961, p. 1 128, note B. G. ; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1961, p. 535, note Mezger.

(114) Mezger, note préc. sous Douai, 8 juil. 1954 ; Bredin, « La paralysie des sentences arbitrales étrangères par l'abus des voies de recours », *Clunet* 1962, p. 652.

(115) Cuhe et Vincent, *Précis*, n° 205.

(116) Tr. civ. Seine, 27 fév. 1936, *D. H.* 1936, p. 246 ; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1937, p. 98.

(117) Paris, 12 janv. 1937, *D. A.* 1937, p. 138 ; *G. P.* 1937, 1, p. 729 ; *J.C.P.* 1937, II, 417 ; 22 janv. 1954, préc. ; 9 déc. 1955, préc. ; Orléans, 15 mai 1961, préc. ; Tr. gr. ints. Seine (référés) 20 fév. 1961, préc. ; Tr. gr. inst. Seine, 23 fév. 1961 et en appel Paris 27 mars 1962, préc.

(118) Civ. 7 mai 1963, *D.* 1963, p. 545, note Robert ; *J.C.P.* 1963, II, 13 405, note Goldman ; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1963, p. 615, note Motulsky ; *Clunet* 1964, p. 85, note Bredin.

(119) Aix, 25 fév. 1958, préc.

(120) Mezger, « Moyens de défense et voies de recours contre une sentence arbitrale étrangère », *Nouv. rev. dr. int. pr.*, 1948, p. 71 ; p. 108 et ss. ; notes sous Paris 22 janv. 1954, préc. ; sous Cass. 3 nov. 1960, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1961, p. 564 ; sous Paris 27 mars 1962, préc. ; Bruns et Motulsky, « Tendances et perspectives de l'arbitrage international », *Rev. int. dr. comp.*, 1957, p. 717-722 ; Motulsky, note préc. sous Paris 22 janv. 1954 ; note préc. sous Civ. 7 mai 1963 ; Robert, « Les voies de recours contre la sentence arbitrale étrangère », *Rev. arb.*, 1957, p. 122 ; Hébraud, notes à la *Rev. tr. dr. civ.*, 1958, p. 658-659 ; 1963, p. 786.

ainsi qu'on l'a dit, à une véritable nécessité (121), car l'appel, impossible contre la sentence elle-même, est de plus interdit par la jurisprudence contre l'ordonnance sur requête. La tierce opposition est le seul moyen de faire valoir que le juge aurait dû refuser l'ordonnance pour une cause non prévue par l'article 1028, en cas de violation de l'ordre public.

490. — S'il convient volontiers de l'utilité de la tierce-opposition en matière internationale, Monsieur le Professeur Bredin, ne l'admet qu'avec réticence, car c'est pour lui une solution qui se justifie en fait, sinon en droit (122). Il craint l'influence que le droit international ne manquera pas d'exercer sur le droit interne, où cette voie n'a pas de raison d'être, la partie menacée d'exécution « disposant ou ayant pu disposer » de l'appel. L'auteur cite en son sens la critique faite par Monsieur le Professeur Solus de cette voie de recours contre l'ordonnance sur requête (123). En fait, devant les difficultés que suscite l'inadaptation des voies de recours à l'ordonnance sur requête, Monsieur Solus souhaite l'apparition d'un régime autonome, notamment sous la forme d'une action en nullité (124), ce qui est assez différent d'une critique de principe de la tierce-opposition. Celle-ci ne semble pas pouvoir être discutée ; ainsi que le dit un auteur, « elle a acquis droit de cité en matière d'ordonnances sur requête » (125), et dans son application à l'arbitrage, se place « du point de vue théorique, dans la ligne juridictionnelle » (126).

491. — D'ailleurs, si le rôle joué par la tierce-opposition vis-à-vis de la sentence étrangère est incontestablement primordial, puisqu'elle constitue le seul moyen de sanctionner les atteintes à l'ordre public en dehors des cas prévus par l'article 1028 du Code de procédure civile, son utilité n'est pas négligeable sur le plan interne. Il n'est pas sans intérêt de permettre à la partie menacée d'exécution de faire rapporter l'ordonnance ; de plus l'exequatur est à l'heure actuelle la base de tous les recours contre la sentence (127). Si l'on veut lutter contre l'abus des recours en matière d'arbitrage, il paraît assez opportun d'éviter que soit soumise à l'appel une sentence comportant des irrégularités telles que l'exequatur aurait dû lui être refusé.

492. — Conformément au droit commun, l'ordonnance contradictoire peut être frappée d'appel (128), celui-ci étant possible dans tous les cas où la loi n'en dispose pas autrement. On peut le regretter, car le système s'en trouve prolongé et compliqué (129). Mais l'importance que

(121) Motulsky, note préc. sous Paris, 22 janv. 1954.

(122) Bredin, note préc. sous Aix, 25 fév. 1958 ; art. préc. *Clunet* 1962, p. 638-642.

(123) Solus, *Cours de droit judiciaire privé*, 1956-1957, p. 653.

(124) Voir également Solus et Perrot, *Traité de droit judiciaire privé*, n° 500.

(125) Raynaud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1954, p. 314.

(126) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1958, p. 669.

(127) Voir *infra*, n° 493 et ss.

(128) Voir par ex. : Douai, 8 juil. 1954 ; Orléans 15 mai 1961 ; Paris, 22 janv. 1954, préc. ; Robert, n° 204.

(129) Bredin, art. préc. 1962, p. 652.

revêt la tierce-opposition en notre matière, où il ne s'agit plus seulement de l'exécution de la sentence, mais également de son contrôle en droit international et de l'ouverture des voies de recours contre la décision des arbitres, nous paraît au contraire rendre infiniment souhaitable l'intervention de la Cour d'appel.

Il est vrai que cela ne simplifie pas les recours en matière d'arbitrage, et nous verrons que les plus grandes difficultés se posent dans l'agencement de la tierce-opposition avec les recours contre la sentence elle-même (130).

SECTION IV

L'ORDONNANCE D'EXEQUATUR, CONDITION DE RECEVABILITE DES RECOURS CONTRE LA SENTENCE

493. — L'ordonnance d'exequatur, d'après l'article 1020 du Code de procédure civile, est nécessaire pour rendre exécutoire et susceptible d'exécution forcée, le jugement arbitral ; d'après l'article 1023 du même Code, elle permet de prendre hypothèque judiciaire. Ce sont là les deux seuls effets légaux prévus.

La Cour de cassation, qui à quelques reprises avait affirmé que l'ordonnance conférerait l'autorité de la chose jugée à la sentence (131), le déclare formellement dans son arrêt du 22 décembre 1959 (132), et en tire une conséquence nouvelle, la nécessité de l'exequatur pour la recevabilité de l'appel. Avec un tel fondement, l'exigence ne peut qu'être générale pour toutes les voies de recours. Elle semble même s'étendre à tout débat judiciaire, puisque l'ordonnance d'exécution est également le préalable du contredit (133).

Le problème de la recevabilité de l'opposition de l'article 1028 du Code de procédure civile en fonction de l'ordonnance d'exequatur se pose d'ailleurs depuis longtemps, à cause de la nature particulière de cette voie de recours.

Bien que la question semble réglée par l'exigence générale d'un exequatur préalable, elle n'est pas dénuée d'intérêt. Aussi étudierons-nous successivement :

§ 1. — L'ordonnance d'exequatur, préalable de l'opposition de l'article 1028 du Code de procédure civile.

§ 2. — L'ordonnance d'exequatur, préalable de l'appel contre la sentence arbitrale.

(130) Voir *infra*, n° 516 et ss.

(131) Voir *infra*, n° 504, note 170.

(132) Com. 22 déc. 1959, D. 1960, p. 685, note Robert ; G. P. 1960, 1, p. 98 ; *Rev. arb.*, 1960, p. 17.

(133) Paris, 19 mai 1961, J.C.P. 1961, II, 12 329, note R.B.

§ 3. — Le fondement théorique de l'exigence de l'exequatur préalable.

§ 1. — *L'ordonnance d'exequatur, préalable de l'opposition de l'article 1028 du Code de procédure civile.*

494. — Lorsque l'opposition à l'ordonnance d'exequatur a cessé d'être un simple moyen de défense à exécution pour devenir principalement une action en nullité contre la sentence elle-même, l'exequatur préalable à l'exercice de l'opposition a paru moins nécessaire, puisque l'ordonnance est hors de cause lors du contrôle exercé sur la base de l'article 1028.

Dans cette optique, la Cour de Paris a jugé pour la première fois le 30 octobre 1936 (134), que « si l'article 1028 du Code de procédure civile vise le cas le plus fréquent où l'exequatur est demandé, on ne peut en déduire par préterition que le législateur ait voulu refuser l'opposition préalable à l'exequatur dont la régularité n'est pas en cause dans l'opération litigieuse ».

La Cour d'Aix, le 1^{er} mars 1951, et le Tribunal de la Seine, le 17 octobre 1956 et le 18 mars 1958, se prononcent dans le même sens (135).

En revanche, trois jugements du Tribunal de la Seine, des 16 juillet 1948, 18 juin 1954 et 10 janvier 1956 (136) refusent d'admettre l'action préalable. La Cour de Paris, saisie à nouveau du problème le 30 octobre 1958 (137), revient sur sa jurisprudence et affirme « que l'article 1028 du Code de procédure civile requiert et présuppose une ordonnance d'exécution pour l'exercice de l'opposition qu'elle institue et qu'elle règle ». Le 10 décembre 1963 (138), elle déclare l'action préventive « catégoriquement irrecevable ».

495. — Lorsqu'il s'agit d'une sentence étrangère, le problème se pose dans les mêmes termes, et les mêmes hésitations se retrouvent. Le Tribunal civil de Toulouse avait, le 21 mars 1955 (139), admis l'opposition préventive, au vu de la menace constituée par la sentence qui permet notamment la saisie-arrest.

La Cour de Toulouse, en appel, le 29 janvier 1957 (140) la rejette par une formule particulièrement impérieuse : « en droit international et en droit interne, aucune voie directe de recours n'est ouverte à l'encontre des décisions juridictionnelles et des sentences arbitrales étrangères, et

(134) Paris, 30 oct. 1936, S. 1937, 2, p. 66 ; Japiot, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1937, p. 194 et ss.

(135) Aix, 1^{er} mars 1951, D. 1952, p. 184 ; Tr. civ. Seine, 17 oct. 1956, J.C.P. 1956, II, 9 647, note Motulsky ; 18 mars 1958, G. P. 1958, 1, p. 430.

(136) Tr. civ. Seine, 16 juil. 1948, G. P. 1948, 2, Tables, V^o Arb. n^o 3 ; 18 juin 1954, *Rev. arb.* 1955, p. 23 ; 10 janv. 1956, J.C.P. 1956, II, 9 648.

(137) Paris, 30 oct. 1958, D. 1958, p. 771, *Rev. arb.*, 1959, p. 19 ; J.C.P. 1959, IV, 14.

(138) Paris, 10 déc. 1963, *Rev. arb.*, 1964, p. 12.

(139) Tr. civ. Toulouse, 21 mars 1955, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1956, p. 117, note Mezger.

(140) Toulouse, 29 janv. 1957, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1957, p. 669, note Mezger.

singulièrement pas l'opposition à ordonnance d'exequatur, le juge français n'ayant à en connaître que si l'exécution lui est demandée ».

496. — Les auteurs sont généralement très favorables à la recevabilité de l'action préventive, aussi bien en droit international qu'en droit interne (141) ; il semble bien que seul Monsieur Robert y soit délibérément hostile (142).

L'admission de l'opposition de l'article 1028 préalablement à tout exequatur découle, pour la doctrine et la jurisprudence, de son caractère — affirmé par de nombreux arrêts (143) — d'action principale en nullité, dirigée contre la sentence et en aucun cas contre l'ordonnance.

Le refus de cette action préventive repose au contraire sur des arguments parfaitement contestables.

497. — On prétend d'abord que l'exercice préventif de l'action entraîne l'admission d'une action principale en nullité non prévue par la loi. Ainsi, dans son jugement du 10 janvier 1956 (144), le Tribunal civil de la Seine déclare : « permettre une action en nullité par voie principale contre la sentence arbitrale elle-même, alors qu'elle n'est pas ouverte contre les jugements, donnerait aux parties la possibilité de multiplier les recours contre les décisions des tribunaux arbitraux en dehors des voies de recours normales ou exceptionnelles, visées dans les dispositions relatives à l'arbitrage ».

La Cour de Paris, dans son arrêt du 30 octobre 1958 (145), parle également d'une « action principale en nullité, qualifiée d'ailleurs improprement d'opposition à ordonnance d'exequatur ».

En fait, il y a là une erreur assez manifeste. L'exercice préventif, phénomène procédural non exceptionnel, n'a jamais entraîné un changement de nature de l'action. L'opposition de l'article 1028, exercée préalablement ou postérieurement à l'ordonnance d'exequatur, reste la même action principale contre la sentence, ouverte à titre exceptionnel dans les cas prévus par l'énumération limitative du texte, et n'en devient pas pour autant générale : il s'agit de la même action.

(141) Glasson, Tissier, Morel, T. V, p. 396 ; Garçonnet et Cézard-Bru, T. VIII, n° 318, p. 628 ; Morel, p. 736 ; Cuhe et Vincent, n° 628, note 4 ; Solus, *Cours de Droit judiciaire privé*, 1960, Chapitre final ; Japiot, obs. *Rev. trim. dr. civ.*, 1937, p. 196 ; Hébraud, note sous Paris, 27 nov. 1946, J.C.P. 1947, II, 3 535 ; obs. *Rev. trim. dr. civ.*, 1951, p. 259 ; 1958, p. 669 ; 1959, p. 259 ; 1960, p. 346 ; Motulsky, note sous Tr. civ. Seine 17 oct. 1956, J.C.P. 1956, II, 9 647 ; art. préc., *Rev. arb.* 1959 ; Bredin art. préc. 1962, p. 658 ; Mezger, notes sous Tr. civ. Toulouse 21 mars 1955, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1956, p. 117 ; sous Toulouse, 29 janv. 1957, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1957, p. 669 ; sous Cass. belge, 16 janv. 1958, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1959, p. 125 ; art. préc. 1960, p. 279.

(142) Robert, « De l'exercice d'une action en nullité selon l'article 1028 du Code de procédure civile à l'encontre d'une sentence arbitrale dépourvue d'exequatur », *Rev. trim. dr. com.*, 1953, p. 595 et ss. ; *Traité*, n° 217.

(143) Voir *supra*, n° 439, note 83.

(144) Tr. civ. Seine, 10 janv. 1956, préc.

(145) Paris, 30 oct. 1958, préc.

498. — En second lieu, les décisions qui exigent l'exequatur préalable se fondent sur le fait que la loi a imposé cette forme. On peut répondre que la loi a prévu le cas le plus fréquent, ainsi que le dit la Cour de Paris le 30 octobre 1936, et qu'il ne faut pas en inférer « par préterition », suivant les termes de l'arrêt de la Cour d'Aix, rendu le 1^{er} mars 1951, l'impossibilité de l'exercice de l'action à titre préventif.

Mais sous cet argument de texte se dissimule en réalité un argument de fond.

L'arrêt de la Cour de Paris du 30 octobre 1958 affirme que la sentence est un jugement pour en déduire l'interdiction de l'action en nullité par voie principale, qui n'est pas permise contre les jugements. De même, Monsieur Robert (146) soutient « que la loi a entendu conférer à cette action particulière un caractère exceptionnel dérogeant au droit commun et qu'en conséquence elle ne peut s'introduire que dans les formes précises dans lesquelles la fixe son texte institutionnel ». On retrouve cette même explication dans l'arrêt de la Cour de Paris du 10 décembre 1963 (147). Il semble qu'il y a là une confusion. Nul ne conteste que l'opposition en nullité — exception au principe suivant lequel « voies de nullité n'ont lieu contre les jugements » — constitue une dérogation au droit commun et qu'elle doit s'appliquer de façon restrictive. La jurisprudence s'en tient rigoureusement aux cas d'ouverture prévus par l'article 1028 et proclame son caractère limitatif (148). Mais dans le cadre de l'énumération, l'exception est prévue par la loi, exercée avec ou sans ordonnance d'exequatur et doit donc s'appliquer, puisqu'il s'agit bien entendu, de la même action.

499. — Sur le plan pratique, les motifs donnés à l'interdiction de l'action préventive ne paraissent guère plus convaincants.

Le Tribunal de la Seine, le 10 janvier 1956 (149), déclare que « le Président du Tribunal ne doit pas avoir à rechercher si la sentence arbitrale qui lui est soumise n'a pas déjà été annulée ou reconnue régulière par l'une des chambres de ce Tribunal, ou si ce Tribunal n'est pas, avant même son ordonnance, saisi d'une instance tendant à l'application de l'article 1028 ».

L'objection ne nous semble pas décisive. Il ne risque pas d'y avoir contrariété de jugements, l'opposition de l'article 1028 ne s'attaquant pas à l'ordonnance. Si celle-ci intervient, alors que la sentence a été déclarée nulle ou va l'être par une opposition exercée parallèlement à la requête, elle tombera simplement parce que sans objet. De plus, c'est une situation fréquente en matière arbitrale, la Cour peut parfaitement être saisie de l'appel du jugement rendu sur opposition, puis, postérieurement, de l'appel de l'ordonnance rendue sur tierce-opposition ; le problème est le même, et n'est d'ailleurs pas lourd de conséquences.

(146) Robert, n° 217.

(147) Paris, 10 déc. 1953, préc.

(148) Voir *supra*, n° 442.

(149) Tr. civ. Seine, 10 janv. 1956, préc.

On pourrait alléger plus justement, en sens inverse, qu'il est inutile d'attendre l'accomplissement de l'ordonnance, qui sera sans objet, pour faire annuler la sentence.

L'allègement apporté aux recours en matière arbitrale par l'admission de l'opposition exercée à titre préventif, rendue possible par l'avènement de son caractère d'action principale en nullité a fait dire que c'était probablement « la conséquence la plus heureuse de ce nouveau point de vue » (150).

500. — L'argument invoqué par le jugement du Tribunal civil de la Seine du 16 juillet 1948, pour qui la sentence non revêtue de l'exequatur ne serait pas de nature à porter préjudice, ne paraît pas plus décisif. Monsieur Robert reprend cette idée (151). La sentence étant sans effet tant qu'elle n'est pas revêtue de l'exequatur, il convient d'appliquer le principe « pas d'intérêt, pas d'action ». En exigeant un intérêt actuel, c'est le principe même de l'action préventive que l'auteur met en cause (152).

La Cour d'appel d'Aix, le 1^{er} mars 1951, détermine exactement l'intérêt de l'action préventive en disant :

« il serait inadmissible de laisser la partie contre laquelle une sentence irrégulière et par conséquent nulle a été obtenue, à la merci de son adversaire et de permettre à ce dernier d'agir à son heure et quand il lui conviendrait, et d'obliger la partie menacée à attendre l'exécution de la sentence qui peut lui causer un préjudice irrémédiable, pour exercer l'action que la loi a entendu mettre à sa disposition ». A propos d'une sentence étrangère, le Tribunal civil de Toulouse, le 21 mars 1955 (153), relevait également la menace que constitue la sentence, même non encore soumise à l'exequatur.

501. — Si l'utilité de l'action préventive est évidente en droit interne, elle apparaît encore plus frappante en droit international, où l'on admet que les jugements étrangers susceptibles d'effets automatiques en France, tels que les jugements d'état, peuvent être attaqués par une action préventive en inopposabilité (154).

La comparaison est probante et paraît justifier l'admission de l'opposition à ordonnance d'exequatur avant l'intervention de celle-ci (155).

D'ailleurs pour un auteur, il faudrait aller jusqu'à l'assimilation de l'opposition exercée à titre préventif à l'action en inopposabilité des jugements étrangers (156) ; l'action préventive pourrait être fondée

(150) Hébraud, note préc. sous Paris, 27 nov. 1946.

(151) Robert, art. préc. *Rev. tr. dr. com.*, 1953, p. 597.

(152) Voir Motulsky, note préc. sous Tr. civ. Seine, 17 oct. 1956.

(153) Préc.

(154) Voir par ex. : Batiffol, n° 779 ; Franceskakis, *Rep. proc. civ. Dalloz*, V° *Jugements Etrangers* ; Paris, 15 déc. 1948, affaire Weiller, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1949, p. 113, note Franceskakis.

(155) Mezger, notes préc. sous Tr. civ. Toulouse, 21 mars 1955 ; sous Toulouse, 29 janv. 1957 ; art. préc. 1960, p. 279 ; Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1958, p. 669.

(156) Mezger, *ibidem*.

sur tous les griefs recevables contre la sentence et non seulement sur ceux énumérés par l'article 1028.

Cette idée — si séduisante soit-elle, surtout d'un point de vue international, car elle permettrait un contrôle de la sentence impossible par la voie de l'appel — ne paraît pas devoir être retenue, notamment à cause de l'influence inéluctable du droit international sur le droit interne. Ce serait, encore une fois, oublier que l'action préventive dont il s'agit n'est et ne peut être que l'opposition de l'article 1028 du Code de procédure civile, exercée à titre préventif. Or, si cette action a une raison d'être, ce n'est qu'en fonction de son caractère limitatif.

Il s'agit d'ailleurs d'une exception au principe « voies de nullité n'ont lieu contre les jugements », justifiée par l'origine contractuelle de l'arbitrage. L'opposition à l'ordonnance d'exequatur s'attaque exclusivement en la forme à la convention qui est à la base de l'arbitrage et ne sanctionne que les vices qui lui sont inhérents (157).

502. — Il est vrai que cette action préventive paraît compromise par l'exigence de l'exequatur préalable à l'appel, « car il serait paradoxal », a-t-on dit (158), que l'exequatur fut une condition de l'appel dirigé contre la sentence, et ne le fut pas de l'opposition à l'ordonnance. Cependant, le fondement donné par la Cour de cassation à l'exigence de l'exequatur de l'appel ne rend pas certain ce raisonnement au demeurant logique. La question de la recevabilité de l'action préventive de l'opposition garde son intérêt, du fait qu'elle est une action en grande partie de nature contractuelle ; il n'est donc pas évident que l'exigence de l'exequatur pour la recevabilité de l'appel, de nature essentiellement juridictionnelle en tant que voie de recours au sens propre du terme, doive lui être systématiquement appliquée (159).

§ 2. — *L'ordonnance d'exequatur, préalable de l'appel contre la sentence arbitrale.*

503. — Bien qu'il soit, indiscutablement, la conséquence « d'une conception théorique dans laquelle la jurisprudence s'est engagée depuis l'ongtemps » (160), l'arrêt rendu par la section commerciale de la Chambre civile le 22 décembre 1959 (161), fit grand bruit dans la doctrine en déclarant « que l'acte qualifié de jugement arbitral par les articles 1016 et suivants du Code de procédure civile ne revêt le caractère d'une décision judiciaire que lorsqu'il a fait l'objet de l'ordonnance qui lui confère à la fois la force exécutoire et l'autorité de la chose

(157) Voir *supra*, n° 439 et ss.

(158) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1960, p. 346. Voir aussi Bredin, art. préc. 1962, p. 658.

(159) En ce sens, Motulsky, note préc. sous Paris, 30 mai 1963.

(160) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1960, p. 346.

(161) Com. 22 déc. 1959, D. 1960, p. 685, note Robert ; G. P. 1960, 1, p. 98 ; *Rev. arb.*, 1960, p. 17 ; *Rev. tr. dr. civ.*, 1960, p. 346, obs. Hébraud.

jugée ; qu'il s'ensuit que l'appel formé par une sentence arbitrale non revêtue de l'exequatur n'est pas recevable ».

Pour justifier l'exigence de l'exequatur préalable à l'exercice de l'action de l'article 1028 du Code de procédure civile, la Cour de Paris, le 30 octobre 1958 (162), avait affirmé que la sentence est un véritable jugement « qui a immédiatement l'autorité de la chose jugée, et ce, bien que la force exécutoire ne lui soit conférée que par l'ordonnance d'exequatur ».

Le 17 mars 1960 (163), elle abandonna sa position et s'inclina devant la jurisprudence de la Cour de cassation, en reprenant les termes mêmes de l'arrêt du 22 décembre 1959.

La décision qu'elle rendit le 28 juin 1960 (164) va même plus loin, en déclarant que l'exigence d'un exequatur préalable à l'appel est une fin de non-recevoir « d'ordre public » ; la nullité qui en résulte serait donc insusceptible d'être couverte par la survenance postérieure de l'exequatur.

Dans les arrêts des 19 mai 1961, 10 octobre 1962 et 5 décembre 1963 (165), tout en affirmant la nécessité de l'exequatur préalable, elle n'en fait plus une question d'ordre public.

504. — Cette exigence nouvelle a été l'objet d'une réaction très vive de la part de l'ensemble de la doctrine (166). Les auteurs les plus modérés semblent s'incliner d'assez mauvais gré. L'un d'eux avoue admettre l'impératif posé par la Cour de cassation sans enthousiasme et avec des hésitations, « pour ne pas voir se prolonger la controverse » (167) ; un autre tente de justifier la position de la Cour de Paris, sans l'approuver chaudement (168).

Seul à notre connaissance, M. le Professeur Boyer (169) se déclare franchement partisan de l'irrecevabilité de l'appel avant l'exequatur, et affirme que la très grande majorité de la jurisprudence est dans ce sens. C'est pour le moins un peu excessif. L'auteur cite à son appui

(162) Paris, 30 oct. 1958, J.C.P. 1959, IV, 14 ; D. 1958, 771, *Rev. arb.* 1959, p. 19.

(163) Paris, 17 mars 1960, D. 1960, p. 699.

(164) Paris, 28 juin 1960, G. P. 1960, 1, p. 98 ; *Rev. arb.*, 1960, p. 103 ; *Rev. tr. dr. civ.*, 1960, p. 712, obs. Hébraud.

(165) Paris, 19 mai 1961, J.C.P. 1961, II, 12 329, 1^{er} arrêt, note Boulbès ; 10 oct. 1961, *Rev. arb.*, 1962, p. 53 ; 5 déc. 1963, J.C.P. 1964, II, 13 482, concl. Nepveu ; voir également Paris, 26 mars 1963, *Rev. arb.*, 1963, p. 64.

(166) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1960, p. 346 ; p. 612 ; 1961, p. 535 ; 1962, p. 162 ; Robert, *Traité*, n° 196 ; note préc. sous Cass. 22 déc. 1959, préc. ; Motulsky, note sous Paris, 5 janv. 1961, J.C.P. 1961, II, 12 204 ; Ryziger « Existe-t-il un lien entre l'exequatur et l'appel des sentences arbitrales », *Rev. arb.*, 1961, p. 210 ; Observations sur un arrêt (Editorial), *Rev. arb.*, 1960, p. 86 ; Nepveu, concl. sous Paris 5 déc. 1963, J.C.P. 1964, II, 13 482.

(167) Boitard, obs. *Rev. tr. dr. com.*, 1960, p. 832 ; 1961, p. 598 ; 1962, p. 249.

(168) Boulbès, « Sentences arbitrales, autorité de la chose jugée et ordonnance d'exequatur », J.C.P. 1961, I, 1660 ; « L'exequatur des sentences arbitrales. Suggestions pour une réforme », J.C.P. 1964, I, 1822.

(169) Boyer, *Rec. gén. Lois et jurispr.*, 1961, p. 177, obs. sur Cass. com. 22 déc. 1959.

deux décisions de la Cour de cassation, du 6 mars 1865 et du 3 mars 1936 (170), les arrêts de la Cour de Bordeaux du 1^{er} février 1948, de la Cour d'Amiens du 14 décembre 1949, et de la Cour de Lyon du 2 mai 1955 (171). Ces décisions affirment bien un lien entre l'exequatur et l'autorité de la chose jugée, mais ne concernent absolument pas l'appel.

On peut d'ailleurs relever, comme repoussant la nécessité de l'exequatur, l'arrêt de la Cour de cassation du 23 Messidor an VIII (172).

505. — Il semble bien que jusqu'au 22 décembre 1959, la jurisprudence n'ait pas pensé à formuler une telle exigence. Ainsi, la Cour de Paris, le 24 janvier 1955 (173), décidait expressément, saisie de l'appel d'une sentence, que celle-ci n'était pas nulle au regard de l'article 704 du Code des impôts, puisque l'exequatur n'en avait été « ni obtenu, ni même sollicité ». C'est pourquoi certains auteurs enseignaient que l'appel pouvait être interjeté avant que la sentence ne fût rendue exécutoire (174).

Il est de fait que le Code de procédure civile semble bien laisser cette possibilité. Si l'on peut prétendre — à tort, selon nous — imposer l'exequatur pour l'exercice de l'opposition à ordonnance, à cause d'une interprétation littérale de l'article 1028, l'article 1023, relatif à l'appel ne se prête à aucune démarche de ce genre (175).

La Cour de cassation belge, qui interprète les mêmes textes que la Cour de cassation française, a d'ailleurs déclaré que l'article 1023, « qui autorise l'appel contre les jugements arbitraux, n'en subordonne pas la recevabilité à l'accomplissement préalable de la formalité de l'exequatur » (176).

L'arrêt du 22 décembre 1959 a indubitablement ajouté au texte de l'article 1023 et, ce qui est plus grave, à celui de l'article 1021, en fondant l'exigence de l'exequatur préalable sur le fait que seul ce dernier confère à la sentence l'autorité de la chose jugée, ce qui n'est certes ni la lettre, ni l'esprit du Code de procédure civile.

506. — Il nous semble difficile de suivre M. le Conseiller Boulbès (177) lorsqu'il prétend que l'article 1023 étant muet sur le caractère formel que doivent présenter les sentences pour être soumises à l'appel, « il était donc loisible de décider que l'exequatur préalable était nécessaire pour donner au jugement arbitral ce caractère formel ».

(170) Req. 6 mars 1865, D. 1865, I, p. 249 ; 3 mars 1936, D. H. 1936, p. 569.

(171) Bordeaux, 1^{er} fév. 1948, D. 1949, p. 240 ; Amiens 14 déc. 1949, J.C.P. 1950, IV, 42 ; Lyon, 2 mai 1955, J.C.P. 1955, IV, n° 171.

(172) Civ. 23 Messidor an VIII, Rép. Dalloz, V° Arbitrage, n° 1164.

(173) Paris, 24 janv. 1955, J.C.P. 1955, II, 8527, note Boitard.

(174) Glasson, Tissier, Morel, T. V, n° 1845, p. 389 ; Garçonnet et César Bru, T. VIII, n° 308-312.

(175) Robert, note préc. sous Cass. 22 déc. 1959 ; Ryziger, art. préc. ; Editorial, préc., *Rev. arb.*, 1960, p. 88.

(176) Cass. Belgique, 10 juin 1954, *Pasicrisie*, I, 859.

(177) Boulbès, art. préc., 1961.

Il ne s'agit plus ici de combler une lacune du texte, mais d'ajouter une condition nouvelle est fondamentale, non prévue par le Code.

Certes, la Cour de cassation a usé à plusieurs reprises de ce procédé, et d'une façon heureuse. Mais il n'est admissible logiquement que s'il apporte une amélioration sensible, ou même un système nouveau nécessaire.

Or, en l'état actuel, les inconvénients de cette exigence nouvelle paraissent l'emporter nettement sur ses avantages, à moins qu'elle ne soit l'amorce d'une transformation profonde du rôle joué par l'ordonnance d'exequatur, transformation qui nous paraît difficilement réalisable par la voie jurisprudentielle, sans heurter à nouveau la lettre et l'esprit du Code.

507. — Parmi les inconvénients suscités par la doctrine de la Cour de cassation, il semble bien qu'il faille ranger le dépôt fiscal, lequel sera obligatoire, dès que l'une des parties entendra exercer un recours ; l'article 704 nouveau et l'article 646 II 2° du Code des impôts rendent en effet le dépôt obligatoire pour les sentences en cas d'ordonnance d'exequatur. Il est probable que l'aspect fiscal risque de décourager les parties, par la complication et les frais supplémentaires qu'il entraîne (178).

Mais il ne faut surtout pas perdre de vue que la sentence, même non exequaturée, constitue une menace et que les arguments donnés en faveur de l'admission préventive de l'opposition de l'article 1023 gardent toute leur valeur. Ainsi que le dit un auteur en approuvant l'arrêt rendu par la Cour d'Aix, le 1^{er} mars 1951 (179), « celui qui se plaint de la sentence doit avoir la possibilité d'agir librement, et ne pas être à la merci de l'adversaire, libre de demander l'exequatur au moment le plus opportun » (180).

508. — En cas d'inaction de la partie gagnante, celle qui désire interjeter appel devra-t-elle, elle-même, solliciter l'exequatur ? Une telle proposition, a-t-on écrit (181), « ne se justifie par aucun argument de droit ou d'équité ».

La Cour de Paris, a pourtant dû l'admettre, le 5 décembre 1963 (182), dans une affaire assez curieuse, où le litige opposait deux sociétés copropriétaires d'un même immeuble, dont l'une avait apposé sur les parties communes des enseignes lumineuses que l'autre voulait faire enlever. Il résultait de la sentence qu'elles étaient légitimement apposées, et qu'il n'y avait pas lieu, par conséquent, à l'attribution de dommages et intérêts. La société déboutée, pour interjeter appel, demanda l'exequatur ; l'appel de l'ordonnance de rejet fut déclaré recevable, la société ayant suffisamment justifié son intérêt à agir par la nécessité où elle était de provoquer l'exequatur pour pouvoir faire appel, « les articles 1020 et

(178) En ce sens, Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1960, p. 346.

(179) Aix, 1^{er} mars 1951, préc.

(180) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1951, p. 259.

(181) Ryziger, *op. cit.*, p. 221.

(182) Paris, 5 déc. 1963, préc.

1021 du Code de procédure civile n'apportant aucun obstacle de principe à ce que l'exequatur soit demandé par la partie la plus diligente ».

509. — Il faut aller plus loin. Si l'une des parties désire faire annuler la sentence pour un cas de violation « manifeste » de l'ordre public, elle n'aura d'autre alternative que de provoquer l'exequatur, ce qui est déjà contestable, dans le but de le faire refuser. Il s'agirait, en fait, d'une action négatoire, difficilement admissible en l'espèce, parce que les actions négatoires sont de nature exceptionnelle (183).

De plus, ainsi que le remarque M. le Professeur Hébraud, à propos d'une demande en exequatur d'un jugement étranger — demande qui tendait en réalité à faire refuser l'exequatur —, « certaines actions sont spécialisées sous leur aspect positif, et leur emploi sous forme négative paraît en détruire les caractères propres » (184), ce qui est le cas en l'espèce.

D'ailleurs le même auteur, justifiant l'exercice anticipé de l'opposition de l'article 1028 (185), se montre formel : « on ne pourrait admettre, en effet, que celui qui veut faire annuler la sentence soit contraint d'introduire la demande d'exequatur, précisément pour la faire rejeter ».

510. — L'exigence de l'exequatur préalable pour l'ouverture de l'appel conduit du reste à une autre absurdité. Dans l'exemple que nous avons choisi, le juge refusera l'exequatur, sans prononcer l'annulation, comme l'aurait fait la Cour d'appel. Il a été justement écrit : « sous prétexte que l'irrégularité est particulièrement visible, on laisserait subsister la sentence » (186).

Dans l'affaire rappelée plus haut, la Cour de Paris, le 5 décembre 1963 (187) a dû établir une dérogation à la doctrine de la Cour de cassation. L'exequatur ayant été refusé, parce qu'il n'y avait rien à exécuter, la Cour a décidé que l'autorité de la chose jugée qui s'attache à la sentence « est immédiatement et aussi de plein droit opposable car le jugement arbitral consacre en droit un état de fait et pourtant, ne comporte l'éventualité d'aucune voie de coercition sur la personne, ni d'exécution sur les biens ». La justification, semble-t-il, va directement à l'encontre de la théorie de la Cour de cassation, car elle vise, au fond, exclusivement la force exécutoire. Le parallèle avec l'autorité qui s'attache aux jugements étrangers n'emportant pas actes de coercition (188) le prouve assez.

511. — En face de ces problèmes, les avantages que présente la subordination des voies de recours à l'exequatur paraissent assez minces.

(183) Voir par ex. : Vincent, *Encycl. Dalloz*, V° *Action*, n° 50 ; Solus et Perrot, n° 233.

(184) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1951, p. 118.

(185) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1951, p. 259.

(186) Motulsky, note préc. sous Paris, 5 janv. 1961.

(187) Paris, 5 déc. 1963, préc.

(188) Voir concl. Nepveu, préc. ; Boulbès, art. préc., *J.C.P.* 1964, 1, 1 822.

On note tout d'abord que l'exequatur préalable constitue une uniformisation de l'exercice des recours, puisqu'il donne un même point de départ, et évite ainsi l'abus des recours dilatoires (189). Même s'il en est ainsi, il convient de remarquer, avec un auteur, que « l'emploi de détours ou de frais excessifs destinés à frustrer un plaideur d'un droit qu'on lui reconnaît en principe, n'est pas un procédé digne de la justice » (190). Mais, cela n'est vrai qu'à partir du moment où l'on rejette la possibilité de l'exercice préventif de l'opposition à l'ordonnance d'exequatur, possibilité qui paraît en fait parfaitement fondée, aussi bien en théorie qu'en pratique (191).

512. — De plus, la sentence, même non exequaturée, constitue une menace, et il est souvent « indispensable d'interjeter appel avant que l'ordonnance ne soit rendue », ainsi que le rappelle expressément le Tribunal civil de la Seine, le 31 mai 1950 (192) en refusant de déclarer l'opposition irrecevable parce que la sentence avait été frappée d'appel.

Sans doute, l'habitude qu'ont déjà les parties d'exercer les deux recours en même temps n'en sera que favorisée. Mais si l'annulation prononcée par la Cour d'appel évite de remplir la formalité, désormais inutile, de l'exequatur, l'inverse n'est pas exact ; l'appel sera déclenché après l'intervention de l'ordonnance, qui contrôle la sentence uniquement en la forme. En fait, l'exigence de l'exequatur préalable conduit à une formalité supplémentaire et dans bien des cas, sera au contraire un procédé de plus utilisé par le plaideur de mauvaise foi pour ralentir l'exécution de la sentence.

513. — Plus réel nous paraît l'avantage souligné par M. le Conseiller Boulbès (193), à savoir que le contrôle de pure forme exercé par le Président permettra au moins d'écarter les procédures inexactement qualifiées, et nous ne croyons pas, comme on l'a prétendu (194), que les parties hésiteront à interjeter appel d'une sentence qui ne résulterait pas d'un compromis régulier, le juge pouvant frapper le plaideur d'une amende sévère pour appel abusif. La distinction du compromis d'arbitrage avec d'autres contrats est souvent délicate, et la confusion peut se produire sans qu'il y ait mauvaise foi.

Mais l'intérêt semble bien mince à côté des inconvénients signalés, d'autant que le juge d'appel, tout comme le Président rendant l'ordonnance, rectifiera la qualification de l'acte.

Pour peu d'avantages, et beaucoup de complications, l'exigence posée par la Cour de cassation va de plus accroître la complexité de multiples questions ; il est parfaitement exact que le fait de donner une base commune à tous les recours risque d'aggraver l'atmosphère

(189) Boulbès, art. préc. 1961.

(190) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1962, p. 162 et ss.

(191) Voir *supra*, n° 494 et ss.

(192) Tr. civ. Seine, 31 mai 1950, D. 1950, p. 691.

(193) Boulbès, *ibidem*.

(194) Ryziger, art. préc.

de confusion déjà existante. « Conditionnés également par l'exequatur, écrit un auteur (195), ils paraîtront également dirigés contre lui, ce qui obscurcira toute justification de leur différenciation. »

514. — En réalité, la position de la Cour de cassation ne peut se justifier que dans un contexte de réforme du principe des recours contre la sentence. L'ordonnance d'exequatur serait un barrage aux voies de recours dilatoires, un premier examen qui permettrait d'éliminer les conventions inexactement qualifiées et les sentences irrégulières ; le développement de la tierce-opposition qui ouvre un débat contradictoire, et la possibilité de soumettre l'ordonnance à la juridiction du second degré, sauvegardent suffisamment les droits de la partie adverse.

L'obstacle réside principalement dans la limitation des pouvoirs du juge de l'ordonnance d'exequatur, qui doit se cantonner dans un contrôle formel de la sentence. Il est possible que la Cour de cassation étende les pouvoirs du juge pour lui conférer la possibilité d'examiner la sentence au fond. On se trouverait alors en face d'un système voisin de celui qui a cours en Alsace-Lorraine, où « le jugement d'exécution ne sera pas rendu s'il existe un motif pour lequel l'annulation de la sentence arbitrale pourrait être demandée (196) », et où l'annulation de la sentence arbitrale ne peut ensuite être demandée que dans le cas d'une action en restitution et dans celui où la partie peut prouver qu'elle n'a pu faire valoir le motif d'annulation dans la procédure d'exécution (197).

Si l'exigence de l'exequatur préalable devait être l'amorce d'une telle évolution, la position de la Cour de cassation serait susceptible d'entraîner effectivement une simplification souhaitable des recours contre la sentence.

Cependant, il reste que le fondement théorique donné par la Juridiction suprême paraît, lui, éminemment contestable.

§ 3. — *Le fondement théorique de l'exigence de l'exequatur préalable.*

515. — Dans son arrêt du 22 décembre 1959 (198), la Cour de cassation déduit la nécessité de l'exequatur pour l'ouverture des voies de recours du fait que la sentence ne revêt le caractère de décision judiciaire qu'une fois nantie de l'exequatur « qui lui confère à la fois la force exécutoire et l'autorité de la chose jugée ».

La doctrine s'insurge contre une telle théorie. Celle-ci aboutit en fin de compte, à retirer toute valeur à l'arbitrage ; elle apparaît d'ailleurs comme doublement inadmissible, aussi bien au regard de la sentence elle-même qu'au regard de l'ordonnance d'exequatur.

(195) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1960, p. 346.

(196) Art. 1042 du Code de procédure civile local.

(197) Voir article 1043 du même Code.

(198) Com. 22 déc. 1959, préc.

516. — Au regard de la sentence elle-même, son caractère d'acte juridictionnel semble devoir lui faire reconnaître sans discussion l'autorité de la chose jugée. Dans la jurisprudence ancienne, la question paraissait hors de doute (199). Cependant, le 6 mars 1865, la Chambre des requêtes (200) affirmait « que si une sentence arbitrale est, comme toute décision judiciaire, susceptible d'acquérir l'autorité de la chose jugée, ce n'est qu'autant qu'elle a été rendue exécutoire par l'ordonnance du Président du Tribunal de première instance ». Le 3 novembre 1936 (201), elle reprenait cette même formule.

Ces arrêts étaient rendus dans des affaires très particulières. Dans le premier cas, la sentence avait été exécutée — et les défendeurs au pourvoi arguaient de l'exécution pour dire l'opposition en nullité irrecevable — sans connaissance de cause ; dans le second cas, on se prévalait d'une sentence qui n'avait pas été déposée au greffe, et les juges ne pouvaient même pas contrôler son existence. La Cour de cassation avait peut-être recouru à une formule trop générale pour trancher ces espèces (202). Singulière autorité de la chose jugée en effet, que celle dont fait mention l'arrêt du 6 mars 1895, en ces termes : « une exécution opérée sans connaissance de cause ne peut faire acquérir l'autorité de la chose jugée ». Cependant, le 3 mai 1950, la Cour de cassation reprenait la même affirmation (203), suivie par certaines juridictions inférieures (204).

517. — L'absence d'autorité de chose jugée de la sentence heurte quelque peu les principes reçus. La Cour de cassation en a logiquement tiré les conséquences. Dans l'arrêt du 6 mars 1865, elle déclare qu'on ne peut s'opposer, même par voie d'exception, à une action qui tendrait à remettre en question les points sur lesquels la sentence avait statué ; dans l'arrêt du 3 novembre 1936, il est dit qu'elle n'a pas la valeur d'une opinion obligatoire s'imposant au juge ; l'arrêt du 3 mai 1950, enfin, affirme qu'il ne saurait être fait grief au jugement de s'être substitué à la sentence.

Ce sont là trois applications parfaitement correctes de l'absence d'autorité de la chose jugée, laquelle peut se définir comme « une présomption absolue de vérité, en vertu de laquelle les faits constatés et les droits reconnus ne peuvent être contestés à nouveau » (205).

L'autorité de la chose jugée se présente, en effet, sous deux aspects : l'aspect positif qui implique que la partie dont le droit a été reconnu par un jugement ou une sentence peut se prévaloir du jugement et

(199) Civ. 17 avr. 1810, Rep. Dalloz, V° *Arbitrage*, n° 1 211 ; Bourges, 21 déc. 1838, *id.*, n° 1 123 ; Riom, 27 avr. 1848, D. P. 1848, 2, p. 160 ; Cass. Req. 31 mai 1902, D. P. 1902, 1, p. 352.

(200) Req. 6 mars 1865, D. 1865, 1, p. 249.

(201) Req. 3 nov. 1936, D. H. 1936, p. 569.

(202) En ce sens, Ryziger, art. préc.

(203) Com. 3 mai 1950, J.C.P. 1950, IV, p. 101.

(204) Lyon, 2 janv. 1901, D. P. 1903, 2, p. 137, note Bouvier ; Bordeaux, 1^{er} fév. 1948, D. 1949, p. 240 ; Amiens, 14 déc. 1949, J.C.P. 1950, IV, 42.

(205) Garçonnet et Cézard-Bru, T. III, n° 703.

des avantages qui en découlent, et l'aspect négatif qui implique qu'aucun tribunal ne pourra être à nouveau saisi de ce qui a été jugé.

518. — C'est surtout sous l'angle de l'aspect négatif que le refus à la sentence de l'autorité de la chose jugée heurte le bon sens. En effet, la sentence devient pratiquement lettre morte, et celui qu'elle désavantage n'aura qu'à saisir les tribunaux judiciaires ; le demandeur sera alors dans l'obligation de requérir l'exequatur pour paralyser l'instance (206).

On trouve ici une contradiction évidente avec le fait que la clause compromissoire ou le compromis ont pour effet de retirer toute compétence aux juges ordinaires. On ne comprend pas comment cette compétence réapparaîtrait précisément lors du prononcé de la sentence (207). L'absurdité est encore plus frappante en ce qui concerne la clause compromissoire, dans les cas où elle est admise.

519. — La Cour de Paris, dans les arrêts rendus le 19 mai 1961 et le 5 décembre 1963 (208), tout en maintenant la nécessité de l'exequatur préalable à l'appel, tente d'éviter ces critiques en sauvegardant au moins le principe de l'autorité de la chose jugée. Elle déclare notamment que « nul ne pouvait, avant la formalité de l'exequatur, se prévaloir de l'autorité de la chose jugée qui s'attache à la sentence que, conformément à la loi, les parties ont revêtu par avance du caractère juridictionnel ».

M. le Conseiller Boulbès, heureux de cette semi-rébellion qui restitue à l'arbitrage sa véritable nature, en déduit que la sentence garderait son autorité en tant que telle, l'exequatur soulevant une simple question d'opposabilité (209). Or, la notion d'opposabilité ne peut convenir qu'aux rapports avec les tiers ; appliquée aux parties, elle aboutit exactement à retirer tout effet à la sentence (210). Quant à dire, comme l'auteur, que l'autorité de la chose jugée demeure **opposable passivement**, c'est aller contre la position de la Cour de cassation ; ainsi qu'on l'a souligné, invoquer la chose jugée, sous une forme active ou passive, revient toujours à « se prévaloir de la sentence » (211). Il paraît bien impossible de fractionner l'autorité de la chose jugée, même pour sauvegarder la valeur de la sentence.

520. — Refuser l'autorité de la chose jugée à la sentence arbitrale

(206) On pourrait objecter que cela ne changera pas grand chose, puisque devant la mauvaise volonté du défendeur, il faudra recourir à l'exécution forcée. Mais cette remarque ne tiendrait pas compte de la discrétion en usage dans les milieux qui pratiquent vraiment l'arbitrage, et où l'on préfère souvent s'en tenir à une sentence de principe plutôt que de la faire exécuter.

(207) Voir en ce sens, Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1962, p. 162 ; Ryziger, art. préc., p. 220.

(208) Paris, 19 mai 1961 ; 5 déc. 1963, préc.

(209) Boulbès, art. préc. 1961 et 1964.

(210) En ce sens, Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1962, p. 162.

(211) Hébraud, *ibidem*.

aboutit, en réalité, à lui refuser toute force obligatoire. Or ce point de vue est insoutenable, quel que soit le parti pris sur la nature de l'arbitrage.

Le commentateur de l'arrêt rendu par la Cour de Lyon, le 2 janvier 1901 (212), donnait un résumé fort exact de la situation en écrivant : « l'une des parties, en méconnaissant la sentence, agissait comme si elle ne voulait pas exécuter un acte synallagmatique auquel elle avait d'abord consenti, ou comme si elle ne voulait pas se soumettre à l'autorité de la chose jugée. Les juges, en accueillant sa prétention, ont rendu une solution contraire aux principes du droit ».

En effet, même dans la thèse contractuelle, la sentence doit au moins obéir au principe de la force obligatoire des conventions. En droit international privé, c'est précisément parce que les jugements étrangers, hormis ceux qui concernant l'état et les personnes, n'ont pas l'autorité de la chose jugée que certains auteurs ont affirmé la nature contractuelle de l'arbitrage. Ainsi même pour Niboyet, la sentence « apparaît comme étant l'œuvre des parties ; elle doit produire comme toute convention, ses effets de plein droit et posséder l'autorité de la chose jugée » (213).

D'ailleurs, la Cour de cassation elle-même, le 9 juillet 1928 (214), en repoussant le pouvoir de révision au fond, déclarait : « attendu que les contrats, lorsqu'ils ne sont pas entachés d'aucun vice, obligent en quelque lieu que ce soit ceux qui les ont consenti... que si la Cour d'appel avait le devoir de vérifier... la validité en France de la sentence dont l'exequatur était demandé, il ne lui appartenait pas... de méconnaître ainsi les effets légaux du contrat en vertu duquel elle avait été rendue. »

521. — Ce n'est du reste pas dans le contrat qu'on peut trouver la source de l'autorité de la chose jugée, notion bien différente de la force obligatoire des conventions ; celle-ci contraint les parties à respecter leurs engagements, alors que celle-là établit une présomption légale de vérité.

Certes, l'absence d'autorité de la chose jugée a pour conséquence de faire disparaître la force obligatoire de la convention initiale ; et dans la doctrine actuelle de la Cour de cassation, il vaut mieux pour les parties que leur contrat soit autre chose qu'un compromis d'arbitrage, ainsi qu'en témoigne l'arrêt de la Cour de Paris du 16 octobre 1959 (215)

(212) Lyon, 2 janv. 1901, D. P. 1903, 2, p. 137, note Bouvier.

(213) Niboyet, T. VI, n° 1984. Dans le même sens : Foelix, T. II, n° 424-426 ; Weiss, 2° éd. T. VII, p. 29 ; Weill, « Les sentences arbitrales en droit international privé », thèse Paris, 1920, p. 28-76 ; Aubry et Rau, 5° éd. T. XII, § 769 ter, p. 507 et ss. ; Bartin, *Principes*, T. I, n° 217 ; Arminjon, T. III, n° 359 ; Lerebours-Pigeonnière, 5° éd., n° 313 et 332 ; Batiffol, n° 747, p. 766.

(214) Req. 9 juil. 1928, S. 1930, 1, p. 17, note Niboyet ; D. P. 1928, 1, p. 173, note Crémieu.

(215) Paris, 16 oct. 1959, J.C.P. 1959, II, 11 296, note R. D.

qui déclare : « la décision fixant le loyer... constitue un élément d'une convention obligatoire, laquelle, indépendamment de toute décision judiciaire d'exequatur, fait la loi des parties dans les termes de l'article 1134 du Code civil ».

Or l'inverse n'est pas vrai. La force obligatoire de la convention n'a rien à voir avec l'autorité de la chose jugée, notion purement juridictionnelle ; il est inopérant de citer comme l'ont fait certains auteurs, la transaction qui, elle, possède cette autorité (216). Suivant la formule d'un auteur, « celle-ci n'est qu'un reflet du jugement éludé, dont la transaction est un succédané » (217). De plus, parce qu'il s'agit d'une convention, le législateur a dû la prévoir expressément dans l'article 2052 du Code civil.

522. — En réalité, l'autorité de la chose jugée ne peut provenir que de la nature juridictionnelle de la sentence, car elle est incompatible avec la notion de contrat. Mais, comme nous l'avons montré — les exemples donnés par la Cour de cassation elle-même (218) en sont une illustration — nier l'autorité de la sentence entraîne comme conséquence la disparition de la force obligatoire de la convention qui en est la base. Aussi, la position de l'arrêt du 22 décembre 1959 semble réellement insoutenable.

523. — C'est probablement la raison pour laquelle on note, dans les juridictions inférieures, une réaction contre le principe posé par la Cour de cassation, et l'affirmation de la nature juridictionnelle de l'arbitrage.

Le Tribunal civil de la Seine, le 18 juin 1954 (219), affirmait déjà que la sentence constituait un véritable jugement. La Cour d'appel de Paris, le 30 octobre 1958 (220), qui refuse la possibilité de l'action préventive en nullité, se fonde sur le fait « qu'une sentence arbitrale constitue un véritable jugement qui a immédiatement l'autorité de la chose jugée, et ce, bien que la force exécutoire ne lui soit conférée que par l'ordonnance d'exequatur ». Elle avait déjà déclaré, le 14 janvier 1955 (221) que l'ordonnance a « pour seul objet de donner force exécutoire à la sentence ». On a vu comment, après s'être inclinée devant la jurisprudence de la Cour de cassation, elle a tenté de sauvegarder un des aspects de l'autorité de la chose jugée de la sentence, dans l'arrêt du 19 mai 1961 (222). Le 4 janvier 1960 (223) elle considère que la

(216) Robert, note préc. sous Cass. 22 déc. 1959, D. 1960, p. 685 ; Boulbès, art. préc. 1961 et 1964.

(217) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1962, p. 162 ; voir ég. Nepveu, *Concl. préc.*

(218) Voir *supra*, n° 517.

(219) Tr. civ. Seine, 18 juin 1954, *Rev. arb.*, 1955, p. 23.

(220) Paris, 30 oct. 1958, J.C.P. 1959, IV, 14 ; D. 1958, p. 771 ; *Rev. arb.*, 1959, p. 19.

(221) Paris, 14 janv. 1955, D. 1955, p. 138.

(222) Paris, 19 mai 1961, *préc.* ; voir *supra*, n° 519.

(223) Paris, 4 janv. 1960, *Rev. arb.*, 1960, p. 122.

sentence, devenue définitive à l'étranger « n'en garde pas moins son caractère de décision juridictionnelle d'ordre strictement privé ; que comme telle elle ne peut acquérir l'autorité de la chose jugée, et la force exécutoire, que pour autant que cette autorité et cette force lui auront été régulièrement conférées ». La position de la Cour était donc calquée sur la doctrine de la juridiction suprême.

524. — Cependant, le 27 mars 1962 (224), elle affirme, pour repousser l'exigence de l'exequatur à l'étranger, que « la sentence rendue par l'autorité arbitrale est investie en soi de l'autorité de la chose jugée et peut fort bien être rendue exécutoire en France sans que l'homologation en ait été demandée en Angleterre ».

Le Tribunal de grande instance de Lille, rendait le 22 janvier 1960 (225), un jugement dans la même ligne. En rejetant la possibilité d'une action en nullité fondée sur un motif non prévu par l'article 1028 du Code de procédure civile, il déclarait que la sentence « est bien un jugement, comme le précisent les articles 1020, 1021, 1022 et 1023 dudit Code ».

Cette jurisprudence mérite d'être approuvée, car la sentence ne peut être démunie de l'autorité de la chose jugée sans perdre toute efficacité, et sans que le contrat initial, compromis ou clause compromissoire, ne devienne lettre morte.

La position de la Cour de cassation n'est pas plus soutenable quant à la nature de l'ordonnance d'exequatur.

525. — Si l'on se place sur le terrain de l'ordonnance d'exequatur, on peut difficilement concevoir qu'elle puisse à elle seule, conférer l'autorité de la chose jugée à une sentence qui en serait dépourvue. L'ordonnance d'exequatur appartient à la catégorie des ordonnances sur requête ; or celles-ci apparaissent comme des actes d'imperium d'administration judiciaire, par lesquels le magistrat se borne à ordonner, autoriser, interdire, sans procéder à une vérification de la situation juridique en cause (226). L'ordonnance d'exequatur rentre exactement dans cette définition.

Ainsi que l'écrivait un auteur à propos des pouvoirs du Président : « ce n'est pas lui qui juge, il s'assure simplement que les conditions prescrites par la loi pour la régularité de l'acte arbitral ont été observées. Son intervention présente donc, par son objet et son contenu un caractère administratif, non juridictionnel ; elle relève de son imperium, de ses pouvoirs de police juridique » (227).

(224) Paris, 27 mars 1962, préc.

(225) Tr. gr. inst. Lille, 22 janv. 1960, G. P. 1960, 1, p. 257 ; *Rev. arb.*, 1960, p. 56 ; *Rev. tr. dr. civ.*, 1960, p. 523, obs. Hébraud.

(226) Cuche et Vincent, n° 576 et ss. ; n° 205 ; Morel, n° 234-235 ; Glasson, Tissier, Morel, T. III, p. 568 ; H. Roland, thèse préc., n° 224 et ss. ; Vizios, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1943, p. 280 ; 1945, p. 135 et 209 ; 1947, p. 83 et 84.

(227) Vizios, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1943, p. 58.

526. — Il paraît bizarre en premier lieu que l'ordonnance d'exequatur, acte administratif qui n'a pas l'autorité de la chose jugée, car rien n'a été réellement jugé (228), soit apte à conférer cette autorité à la sentence arbitrale. Que l'exequatur, simple contrôle de l'autorité publique, « estampille publique », suivant les termes de Vizios (229), soit le point de départ de la transformation d'un acte, jusque-là privé et sans valeur, en acte juridictionnel, paraît proprement inadmissible. On ne voit pas par quel mécanisme juridique l'intervention du juge, cantonné à l'examen formel de la sentence, et qui peut seulement accorder ou refuser l'exequatur, sans apporter aucune modification, serait susceptible de produire, comme on l'a dit une « sorte de novation de la sentence en jugement » (230). En droit international privé, on a admis pendant un certain temps que l'exequatur de la sentence devait être demandé non au Président, mais au Tribunal lui-même, et constituait une sorte d'homologation de la sentence. Il s'agit là d'une théorie archaïque, considérée par tous les auteurs comme dépassée et surtout fautive dans l'optique du droit français (231).

527. — La Cour de cassation elle-même, dans son arrêt du 25 mai 1962 (232), a condamné implicitement la transformation de la sentence en jugement par l'effet de l'ordonnance, à propos d'une décision rendue en matière de loyer, qui avait reçu l'exequatur : « attendu que l'arrêt observe que ladite ordonnance n'était pas contradictoire ; que son objet était de donner force exécutoire à un acte qualifié de sentence arbitrale ; que cette ordonnance ne saurait être assortie de l'autorité de la chose jugée en ce qui concerne le caractère de la sentence ».

On ne peut qu'approuver cette décision, mais elle est en contradiction flagrante avec la position de la Cour de cassation sur l'autorité de la sentence, et surtout fait apparaître clairement combien est fautive l'optique d'une transformation de la sentence par l'ordonnance d'exequatur.

Dans ces conditions, on voit mal, comme un auteur le remarquait déjà en 1901 (233), « ce que l'ordonnance d'exequatur viendrait ajouter à la validité de la sentence ».

On enseigne même qu'il est possible de décider que l'exequatur n'aura pas lieu (234) : « la loi dispense de suivre toute la procédure ;

(228) Cuhe et Vincent, n° 76 et ss. ; Morel, n° 234 ; Glasson, Tissier, Morel, T. III, n° 996 ; Chauveau, « Lois de la procédure civile », T. I, question 378 ; Bertin, « Ordonnances sur requête et référé », T. I, pp. 31 et ss. ; Japiot, *Traité de procédure civile*, n° 189-192. Les auteurs qui reconnaissent l'autorité de la chose jugée à certaines ordonnances le font parce qu'elles touchent au fond du droit : Roland, *thèse préc.* n° 259.

(229) Vizios, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1943, p. 58.

(230) Hébraud, *Rev. tr. dr. civ.*, 1960, p. 347.

(231) Boulbès, art. préc., J.C.P. 1961, 1, 1 660 ; Motulsky, note préc. sous Paris 5 janv. 1961 ; Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1960, p. 347.

(232) Cass. 25 mai 1962, *Rev. arb.*, 1962, p. 103.

(233) Bouvier, note préc. sous Lyon, 2 janv. 1901.

(234) Robert, n° 197 ; Garçonnet et César-Bru, T. VII, n° 1 506 ; T. VIII, n° 298 ; Glasson, Tissier, Morel, T. V, n° 1 841.

on ne pourra pas convenir qu'il y aura exécution forcée sans exequatur, c'est là le seul domaine de l'ordre public en la matière » (235).

528. — Aussi, et de plus en plus, l'ordonnance est-elle considérée comme une simple « formalité », en jurisprudence (236). La Cour de Caen, le 22 octobre 1959 (237), déclare en outre expressément que « cette formalité n'a point pour résultat de modifier la nature de la sentence et de la transformer en jugement, qu'elle se borne à lui procurer la force exécutoire pour emporter exécution en France ».

Reflétant cette jurisprudence, une proposition de loi a été déposée le 21 mars 1962 (238), qui n'admet aucune voie de recours contre l'ordonnance qui ne sera vraiment, si ce texte aboutit, plus qu'une simple « formalité ».

Si la sentence n'a pas l'autorité de la chose jugée, il semble insoutenable que l'ordonnance d'exequatur puisse la lui conférer. La position de la Cour de cassation ne se justifie donc à aucun des deux points de vue ; le fondement donné à l'exequatur préalable comme condition de recevabilité des voies de recours contre la décision arbitrale contribue énormément à l'hostilité que suscite cette exigence en elle-même peut-être défendable si elle est le prélude d'un changement de la conception des recours contre la sentence (239).

(235) Bouvier, *ibidem*.

(236) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1962, p. 162 ; Ryziger, art. préc., p. 226 ; Paris, 31 mai 1954, J.C.P. 1954, IV, p. 151 ; 19 mai 1961, J.C.P. 1961, II, 12 329, note Boulbès.

(237) Caen, 22 oct. 1959, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1960, p. 597, note Mezger.

(238) Proposition de loi Diligent, 21 mars 1962, *Documents Parlementaires*, n° 1 680.

(239) En ce sens, voir Boulbès, art. préc. 1964.

CHAPITRE III

L'AGENCEMENT DES RECOURS CONTRE LA SENTENCE ARBITRALE

529. — Appel et opposition à ordonnance d'exequatur en droit interne, tierce-opposition et opposition à ordonnance d'exequatur en droit international, peuvent être dirigés simultanément contre la sentence. De cette coexistence vont naître les plus grandes difficultés, dont l'origine se trouve dans ce qu'un auteur appelle « le vice congénital de l'article 1028 (1) », c'est-à-dire son énumération limitative. En matière de sentences nationales, l'exercice des recours s'en trouve singulièrement compliqué ; en matière de sentences étrangères, la jurisprudence qui applique l'opposition à ordonnance mais exclut l'appel laisse un véritable « vide » (2) ; la tierce-opposition joue alors le rôle de l'appel, mais suscite de sérieuses hésitations en doctrine quant à son étendue.

C'est pour présenter ces difficultés que nous étudierons dans deux sections :

Section 1. — La coexistence de l'opposition à ordonnance d'exequatur et de l'appel contre la sentence nationale.

Section 2. — La coexistence à ordonnance d'exequatur et la tierce-opposition contre la sentence étrangère.

(1) Bredin, art. préc. 1962, p. 656.

(2) Mezger, note préc. sous Paris, 27 mars 1962.

SECTION I

*LA COEXISTENCE DE L'OPPOSITION
A ORDONNANCE D'EXEQUATUR ET DE L'APPEL
CONTRE LA SENTENCE NATIONALE*

530. — L'appel et l'opposition constituent, au départ, deux recours très différents, l'appel étant calqué sur celui des jugements et l'opposition se justifiant par la nature contractuelle du compromis ; mais l'opposition est une action principale en nullité contre la sentence, et l'appel, du moins dans sa fonction essentielle, sert aux mêmes fins. Comme on l'a constaté « l'appel, lorsqu'il assure le respect de l'ordre public, côtoie ainsi la nullité de la convention d'arbitrage, moyen de l'opposition de l'article 1028 » (3). La difficulté de distinguer leurs domaines respectifs s'en trouve accrue. La matière est d'ailleurs dominée par le caractère limitatif de l'article 1028 du Code de procédure civile, que la jurisprudence tente de faire respecter, au prix parfois de subtilités quelque peu byzantines.

Pour rendre compte de l'agencement des deux recours, il convient d'examiner leurs domaines et leurs frontières, puis d'étudier le problème d'une éventuelle hiérarchie. Nous distinguerons donc pour notre étude, les trois questions suivantes :

- § 1. — Domaines.
- § 2. — Frontières.
- § 3. — Hiérarchie.

§ 1. — *Domaines.*

531. — La jurisprudence a tiré du caractère limitatif de l'article 1028 deux conséquences : d'une part, l'opposition est irrecevable toutes les fois qu'il s'agit d'un cas non prévu par le texte, d'autre part, l'appel est irrecevable toutes les fois qu'il est fondé sur un de ces moyens. On observe d'ailleurs souvent un parallélisme frappant dans les décisions ; les tribunaux, saisis du même cas de nullité à la fois par l'appel et par l'opposition, rejettent l'une des voies et admettent par conséquent l'autre (4).

Or, on constate que la distinction risque d'être artificielle. La loi ne peut tout prévoir ; des situations nouvelles vont surgir ; si l'on veut

(3) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1962, p. 164.

(4) Voir par ex. Paris, 18 nov 1952 (2 arrêts) *J.C.P.* 1953, II, 7 470, note G. J. V. ; 8 mars 1960 et 9 janv. 1962, *J.C.P.* 1962, II, 12 477-12 478.

les sanctionner, il n'y aura pas d'autre ressource que l'appel : mais celui-ci, s'il est un « remède à la limitation de l'article 1028 (5) », n'est pas un exutoire et l'on ne peut impunément considérer comme atteinte à l'ordre public ou aux droits de la défense toutes les irrégularités ne tombant pas sous le coup de l'article 1028.

L'opposition est irrecevable en dehors des cinq cas prévus par le Code de procédure civile. Trois conséquences en découlent : les cas voisins de ceux prévus par l'article 1028 ne peuvent être sanctionnés par cette voie, l'assimilation étant impossible ; l'action en nullité ne sera pas recevable, bien que fondée sur un vice extérieur à la sentence — c'est le cas de la sentence non soumise aux formalités fiscales — ; enfin, par le jeu des règles sur l'appel et sur l'opposition, certaines actions quoique permises expressément par le législateur seront paralysées, telles les défenses à exécution provisoire. Ces trois problèmes méritent, semble-t-il, d'être examinés de plus près.

1^o) *L'assimilation est interdite :*

532. — La Cour de cassation avait, par un arrêt rendu le 2 mai 1853 (6) admis l'opposition à ordonnance d'exequatur dans une affaire où les arbitres en avaient référé à un avocat pour trancher certains points de droit, en rattachant, de façon fort discutable (7), cette irrégularité au cas prévu par l'alinéa 3 de l'article 1028, concernant les arbitres non autorisés à juger en l'absence de certains d'entre eux.

La Cour de Paris, le 13 février 1935 (8), tout en proclamant le caractère limitatif de l'énumération de l'article 1028, admet l'opposition pour défaut de communication de pièces.

Le 31 mai 1950, le Tribunal civil de la Seine (9) refuse d'assimiler la fausse application des règles de droit au fait de statuer hors des termes du compromis, mais considère que l'absence de certains arbitres lors des débats équivaut au cas où le jugement a été rendu par quelques arbitres non autorisés à juger en l'absence des autres.

Le Tribunal civil de la Seine, le 24 avril 1952 (10), et celui de Lille, le 28 octobre 1952 (11), avaient également reçu l'opposition alors que l'un des arbitres avait refusé ou omis de signer la sentence, au motif que celle-ci est présumée rendue seulement par les arbitres qui l'ont signée.

533. — Cependant, une jurisprudence plus récente repousse cette extension. La Cour de Paris, le 18 novembre 1952 (12), distingue entre

(5) Motulsky, note sous Paris, 24 nov. 1955, J.C.P. 1956, II, 9 079.

(6) Cass. 2 mai 1853, S. 1853, I, p. 501.

(7) Voir en ce sens Motulsky, note préc.

(8) Paris, 13 fév. 1935, D. H. 1935, p. 188.

(9) Tr. civ. Seine, 31 mai 1950, D. 1950, p. 691.

(10) Tr. civ. Seine, 24 avr. 1952, S. 1953, 2, p. 69.

(11) Tr. civ. Lille, 28 oct. 1952, G. P. 1953, I, p. 139.

(12) Paris, 18 nov. 1952, préc.

la présence aux débats et la participation à la décision : les arbitres avaient signé la sentence, mais suivant l'appelant, n'avaient pas tous participé aux débats. La Cour considère « que ce moyen de nullité formulé à l'encontre de la sentence arbitrale, et qui consiste à soutenir que cette sentence aurait été rendue par des arbitres ne participant pas aux débats, est entièrement différent de l'hypothèse envisagée par le paragraphe 3 de l'article 1028 du Code de procédure civile, qui vise uniquement le cas où la sentence aurait été indûment rendue par une partie seulement des arbitres désignés ».

De même, le 24 mars 1960 (13), saisie d'une sentence rendue par la Chambre arbitrale de Paris qui n'avait été signée que du seul Président sans indication de la majorité, elle refuse d'en connaître par la voie de l'appel de l'opposition de l'article 1028, car « l'omission prétendue des formalités ne saurait être assimilée au cas où la sentence n'a été rendue que par quelques arbitres non autorisés à juger en l'absence des autres ».

534. — Mais, alors que le 18 novembre 1952, la Cour avait, par un arrêt du même jour, admis l'appel pour violation de l'ordre public, la non-participation au débat constituant une infraction à un principe fondamental, elle indique cette fois que l'appel direct, seul recevable, serait rejeté car les formalités en cause « ne sont pas d'ordre public ».

La jurisprudence fait ainsi une application très poussée du caractère exceptionnel de l'article 1028, mais l'on ne peut s'empêcher de penser que les distinctions subtiles confinent quelquefois à l'absurde et que le plaideur s'expose à des frais et à des lenteurs bien inutiles pour arriver à l'annulation de la sentence.

Cependant, ce ne sont pas là les hypothèses les plus délicates.

2°) *Le problème de la nullité fiscale :*

535. — L'article 704 du Code général des impôts (modifié par l'article 10 du décret 55.486 du 30 avril 1955 (14), jumelé avec l'article 646 II 2°/ du même code), prévoit la nullité des sentences qui ne sont pas déposées et enregistrées dans les délais légaux. Il s'agit des sentences arbitrales ayant fait l'objet d'ordonnance d'exequatur et de celles survenues en cours d'instance ou à la suite de la procédure prévue par l'article 429 du Code de procédure civile (15). L'ancien article 704 C.G.I. a suscité bien des difficultés, et il a fallu l'arrêt de la Cour de

(13) Paris, 24 mars 1960, *Rev. arb.*, 1960, p. 50. Le 12 fév. 1963 (J.C.P. 1963, II, 13 281), la Cour a pu examiner le même moyen — pour d'ailleurs le rejeter car la sentence portait mention des membres qui ont composé le tribunal arbitral, et faisait foi sur ce point jusqu'à inscription de faux —, dans le cadre de l'appel de l'opposition à ordonnance d'exequatur : l'appelant avait pris soin de préciser que l'absence de signature des arbitres autres que le Président faisait « présumer » qu'ils n'avaient pas pris part à la décision.

(14) Décret 55 486, 30 avr. 1955, J.C.P. 1955, III, 19 780.

(15) Renvoi devant les arbitres rapporteurs, pour les Tribunaux de Commerce. Voir sur ces points Robert, n° 199 et 234.

cassation du 5 janvier 1959 (16) pour faire prévaloir l'interprétation la plus large ; hormis les cas visés spécialement par le texte, le délai du dépôt ne court qu'à partir de l'exequatur et non du prononcé de la sentence (17).

536. — Or, l'article 1028 du Code de procédure civile ne prévoit pas l'hypothèse de la nullité fiscale. Certaines décisions avaient cependant tenté de l'appliquer. Le Tribunal civil de la Seine, le 17 mai 1955 (18) affirme que « l'article 1028 permet aux parties de demander la nullité de l'acte qualifié jugement arbitral, qu'en l'espèce, le moyen soulevé tend à voir constater que la sentence serait déjà frappée d'une nullité absolue et d'ordre public par l'effet d'une disposition légale, et ce, en raison de l'inexécution d'une formalité qui a lieu normalement après l'ordonnance d'exequatur ; qu'ainsi, l'opposition à une telle ordonnance qui concernerait un acte qualifié à tort de sentence arbitrale est recevable ».

Mais l'ensemble de la jurisprudence rejette cette solution à cause du caractère limitatif de l'énumération de l'article 1028, et déclare qu'un tel moyen ne peut être invoqué que par la voie de l'appel. La Cour de cassation s'est prononcée à plusieurs reprises en ce sens (19), comme l'avaient fait les juridictions inférieures (20).

Un auteur approuve pleinement cette jurisprudence : « l'irrégularité ne pouvant être sanctionnée que parce qu'elle porte atteinte à l'ordre public, l'appel apparaît comme le moyen technique conforme aux principes régissant la matière » (21).

537. — Cependant, l'appel étant dirigé contre la sentence, on peut se demander si la solution est vraiment aussi irréprochable qu'on le soutient. Le Tribunal civil de la Seine, le 17 mai 1955 (22) avait déjà relevé que la formalité du dépôt avait lieu normalement après l'ordonnance d'exequatur ; certains remarquent que l'appel n'est pas

(16) Com. 5 janv. 1959, *Bull. civ.*, III, p. 1, n° 3 ; *Rev. arb.*, 1959, p. 12.

(17) Voir sur la controverse : Cesari, « Du dépôt et de l'enregistrement des sentences arbitrales », *G. P.* 1954, 2, D., p. 2 ; Boitard, note sous Paris 7 déc. 1954, *J.C.P.* 1955, II, 8 527 ; Motulsky, notes sous *Tr. civ. Seine*, 17 mai 1955, *J.C.P.* 1956, II, 9 080 et sous Paris, 24 nov. 1955, préc. A part cette décision, la jurisprudence était favorable à l'interprétation la plus large : Lyon, 6 nov. 1952, *S.* 1953, 2, p. 153 ; Paris, 7 déc. 1954, *J.C.P.* 1955, II, 8 527, note Boitard ; 14 janv. 1955, D. 1955, p. 137 ; *Rev. arb.*, 1955, 2, p. 23 ; 24 janv. 1955, *J.C.P.* 1955, II, 8 527, note Boitard ; D. 1955, p. 139 ; *G. P.* 1955, 1, p. 183 ; *Rev. arb.*, 1955, 2, p. 25 ; 24 nov. 1955, préc. La Cour de cassation, saisie à nouveau du problème, s'est prononcée en ce sens, le 4 juin 1962 (*J.C.P.* 1962, II, 12 863, note Level ; *Rev. arb.*, 1962, p. 106).

(18) *Tr. civ. Seine*, 17 mai 1955, *J.C.P.* 1956, II, 9 080, note Motulsky.

(19) Com. 1^{er} mars 1959, *Bull. civ.* 1959, III, n° 141, p. 129 ; *J.C.P.* 1959, IV, p. 49 ; 25 mai 1959, *Bull. civ.*, n° 213, p. 189 ; Civ. 29 oct. 1959, *Bull. civ.* II, n° 696, p. 453 ; Com. 28 mars 1960, D. 1960, som., p. 112.

(20) Paris, 14 janv. 1955, D. 1955, p. 138 ; 24 nov. 1955, préc. ; 15 juin 1956, D. 1957, p. 587 ; *Tr. gr. inst. Lille*, 22 janv. 1960, *Rev. arb.* 1960, p. 56 ; *G. P.* 1960, 1, p. 257.

(21) Motulsky, note sous Paris, 5 janv. 1961, *J.C.P.* 1961, II, 12 204 ; dans le même sens, notes préc. sous Paris 24 nov. 1955, et sous *Tr. civ. Seine*, 17 mai 1955.

(22) *Tr. civ. Seine*, 17 mai 1955, préc.

particulièrement adapté à ce vice qui est extérieur à la sentence, et concerne une circonstance extrinsèque et postérieure à l'ordonnance, la complétant en quelque sorte (23). M. le Professeur Hébraud avait même conclu à l'admission d'une action principale en nullité, formée devant le Tribunal civil, en tant que juridiction de droit commun ; l'auteur devait abandonner cette thèse en considération de ce que le caractère limitatif de 1028 se rattache étroitement à la nature juridictionnelle de la sentence, véritable jugement contre lequel l'action en nullité n'est possible qu'à titre exceptionnel (24).

538. — Mais il reste que la jurisprudence est placée devant un dilemme impossible à résoudre : l'action en nullité de droit commun étant à rejeter parce que le caractère limitatif de l'article 1028 deviendrait alors illusoire (25), il faut choisir entre l'opposition à ordonnance d'exequatur et l'appel. L'opposition est, à juste titre, inapplicable ; il ne reste donc que l'appel : or ce dernier, outre qu'il vise en principe la sentence elle-même, n'est ouvert, dans sa fonction normale, que pour violation de l'ordre public. Si l'inobservation des formalités fiscales est considérée comme d'ordre public, le fait que le dilemme se pose est insatisfaisant et dangereux ; affirmer que la nullité est d'ordre public ou n'est pas, est une grossière approximation qui ne tient pas compte des nuances et des degrés dans la violation de la règle du droit, et notamment dans le droit procédural (26).

3°) *Les défenses à exécution provisoire.*

539. — Le problème que pose le caractère restrictif de l'article 1028 du Code de procédure civile est, dans ce domaine, encore plus irritant, car il est pratiquement insoluble, et les parties peuvent être privées de l'exercice d'un droit expressément reconnu par le législateur. L'exécution provisoire des sentences arbitrales est prévue par l'article 1024 du Code de procédure civile (27), qui s'en réfère aux règles prévues pour les jugements des tribunaux. Il faut qu'il y ait urgence ou péril en la demeure, d'après l'article 1350 du même code, modifié par la loi du 23 mai 1942 (28). La sentence doit donc être motivée sur ce point (29).

(23) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1956, p. 183 ; Level, note sous Aix, 16 oct. 1962, *J.C.P.* 1962, II, 12 923.

(24) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1960, p. 523.

(25) Motulsky, note préc. sous *Tr. civ. Seine* 17 mai 1955.

(26) Voir sur ce point Vincent, « La procédure civile et l'ordre public », *Mélanges Roubier*, T. I, p. 303 et ss.

(27) Malgré son effet suspensif, l'opposition à l'ordonnance d'exequatur n'a pas pour effet de suspendre l'exécution provisoire ordonnée par les arbitres : voir *supra*, n° 443.

(28) Cuche et Vincent, n° 373 ; Vincent, *Rep. proc. civ.*, V° *Exécution Provisoire* ; Commentaires de la loi de 1942 : Solus, *Lois nouvelles*, 1942, I, p. 153 ; Hébraud, *D. C.* 1942, I, p. 61.

(29) *Tr. gr. inst. Lille*, 9 nov. 1959, *G.P.* 1960, I, p. 58 ; *Rev. arb.*, 1959, p. 125.

En droit commun, les défenses à exécution provisoire s'obtiennent de la juridiction d'appel (30).

Encore faut-il que celle-ci soit saisie. Or, l'appel est irrecevable s'il est fondé sur un des cas d'ouverture de l'opposition à ordonnance d'exequatur (31). La Cour doit donc se déclarer incompétente pour l'examen des défenses à exécution provisoire, puisqu'elle n'est pas compétente au fond. Ainsi en a décidé la Cour de Paris, le 29 novembre 1951 (32), l'appel étant irrecevable parce que fondé sur un compromis nul. Peut-on alors demander au Tribunal, saisi de l'opposition, de statuer sur les défenses à exécution provisoire ? Le Tribunal de grande instance de Lille, le 9 novembre 1959 (33), s'y refuse, car l'article 1028 ne comprend pas ce cas : seule la juridiction devant laquelle devra être porté l'appel est compétente.

540. — On a essayé de se servir de l'article 1021 du Code de procédure civile, qui prévoit que la connaissance de l'exécution du jugement appartient au Tribunal qui a rendu l'ordonnance. Le Tribunal civil de la Seine, le 3 novembre 1949, répond que l'article 1028 a un caractère restrictif et que, du reste, l'article 1021 ne concerne que les sentences définitives, et non l'exécution provisoire.

Le référé même est formellement exclu par la Cour de cassation, « la sentence ayant été déclarée exécutoire par provision, l'opposition à l'ordonnance d'exequatur prévue par l'article 1028 n'est pas suspensive de l'exécution de l'ordonnance ; mis en présence d'un tel titre, même lorsqu'il est l'objet d'une action en nullité, le juge des référés ne pouvait qu'en assurer l'exécution » (34). Comme le dit un auteur, « le cercle se resserre donc impitoyablement sur la partie poursuivie » (35).

541. — En contradiction évidente avec cette jurisprudence qui affirme le caractère restrictif de l'opposition et le fait respecter, un arrêt de la Cour d'Aix, du 16 octobre 1962 (36), admet la recevabilité de l'action prévue par l'article 1028 contre une sentence non motivée. Il semble que le raisonnement de la Cour soit le suivant : le juge saisi de l'exequatur aurait dû rendre une ordonnance, de refus : le Tribunal, statuant sur l'opposition à ordonnance, a des pouvoirs identiques. Cette thèse repose sur une confusion entre l'action de l'ar-

(30) Article 460 du Code de procédure civile.

(31) Voir *infra*, n° 543 et ss.

(32) Paris, 29 nov. 1951, J.C.P. 1953, II, 7 394, note G. J. V. ; dans le même sens, Paris, 18 juin 1948, S. 1949, 2, p. 17, note Robert ; D. 1948, p. 444 ; Besançon, 27 fév. 1952, D. 1952, p. 732, note Schenkel. Il en va de même lorsque les parties ont renoncé à l'appel : l'exécution ne peut être suspendue qu'en vertu de défenses contestant la qualification en dernier ressort donnée par l'arbitre à la sentence ; c'est ce qu'a décidé la Cour de Paris, le 4 nov. 1937 (D. H. 1938, p. 8) en appliquant l'article 458 du Code de procédure civile.

(33) Tr. gr. inst. Lille, 9 nov. 1959, préc.

(34) Cass. 12 avr. 1948, G. P. 1948, 1, p. 248.

(35) Note G. J. V., sous Paris 29 nov. 1951, J.C.P. 1953, II, 7 394.

(36) Aix, 16 oct. 1962, J.C.P. 1962, II, 12 923, note Level.

ticle 1028, action principale en nullité contre la sentence, et l'opposition ou tierce-opposition contre l'ordonnance sur requête, qui permet de revenir devant le même juge, et attribuée au Tribunal tout entier le rôle du Président, saisi de la tierce-opposition.

Il vaut mieux penser, avec le commentateur de l'arrêt, que, le vice étant particulièrement manifeste, le juge a usé de son pouvoir de relever d'office ce moyen (37).

Cependant, cette décision montre à l'évidence que l'opposition à ordonnance d'exequatur donne naissance à un cercle vicieux. Le texte de l'article 1028 doit être un texte exceptionnel, puisqu'il déroge au principe « voies de nullité n'ont lieu contre les jugements », mais son interprétation stricte n'entraîne que difficultés et incertitudes.

542. — Lorsque la partie désire invoquer une violation du compromis qui constitue une méconnaissance de l'ordre public, il lui est impossible de choisir entre l'opposition et l'appel. Il y a là une application de la règle « specialia generalibus derogant », a-t-on dit (38), et en tout cas un corollaire du caractère limitatif de l'article 1028, que la jurisprudence fait soigneusement respecter. L'appel est irrecevable toutes les fois qu'il est fondé sur un cas de l'opposition. La Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 25 mars 1952 (39), déclare que « ces prescriptions sont impératives et ne laissent aucun choix aux parties entre la voie spéciale ainsi instituée et la voie de l'appel ». Le principe est d'ailleurs rappelé fréquemment par les tribunaux (40), avec l'approbation de la doctrine (41). Il faut remarquer cependant que, lorsqu'elle le peut, la jurisprudence use de mécanismes ingénieux pour découvrir par exemple un cas d'appel dans une cause qui devrait normalement ressortir de l'opposition à l'ordonnance d'exequatur.

Ainsi, le 31 janvier 1963 (42), la Cour de Paris, saisie d'une contestation « en réalité fondée sur la nullité du compromis, puisqu'il est allégué que l'une des parties opposées n'était pas habilitée à le conclure valablement » déclare « qu'il n'est pas interdit d'admettre que la contestation a pour objet l'acte arbitral, les arbitres ayant rejeté l'exception d'irrecevabilité dans l'exercice du pouvoir juridictionnel dont les parties les avaient investis ».

(37) Encore que, comme le fait remarquer Monsieur Motulsky, (note sous Paris 30 mai 1963, J.C.P. 1963, II, 13 338) ce pouvoir ne peut s'exercer que sous la condition initiale d'une saisine régulière.

(38) Motulsky, note préc. sous Paris, 5 janv. 1961.

(39) Com. 25 mars 1952, *Bull. civ.*, n° 146, III, p. 111 ; D. 1952, *Som.*, p. 41.

(40) Paris, 26 oct. 1911, S. 1912, p. 201 ; 26 nov. 1929, G. P. 1930, I, p. 84 ; 13 janv. 1935, D. H. 1935, p. 188 ; 16 mars 1936, G. P. 1936, 2, p. 5 ; S. 1936, p. 144 ; 18 juin 1948, D. 1948, p. 444 ; 29 nov. 1951 préc., note G. J. V. ; 8 mars 1960, D. 1960, *som.*, p. 72 ; J.C.P. 1962, II, 12 477 ; 24 nov. 1961, II, 12 412, note R. B. ; Orléans, 27 fév. 1961, *Rev. arb.* 1962, p. 111. Com., 3 juil. 1964, *Bull. civ.*, 1964, III, n° 360, p. 318 ; J.C.P. 1964, II, 13 898.

(41) Glasson, Tissier, Morel, T. V. n° 1848, p. 391 ; Cuche et Vincent, n° 630 ; Robert, n° 224 ; Motulsky, note préc. : Boulhès, note sous Paris 24 nov. 1961, J.C.P. 1961, II, 12 412.

(42) Paris, 31 janv. 1963, *Rev. arb.*, 1963, p. 25.

§ 2. — *Frontières.*

543. — Il est théoriquement facile de tracer les limites des deux voies de recours, l'opposition étant fondée sur les vices du compromis, l'appel s'attachant exclusivement au contrôle de la sentence. La plupart des auteurs dénoncent l'indécision qui règne cependant (43).

On a affirmé « la différence catégorique et fondamentale qui sépare les deux voies de nullité, fondées sur deux moyens en apparence identiques, mais essentiellement indépendantes quant à l'objet auquel elles s'appliquent » (44). La jurisprudence, elle aussi, souligne la distinction. La Cour de Paris, le 8 mars 1960 (45), déclare que « la prétendue violation par les arbitres de dispositions relevant de l'ordre public est susceptible de fonder un recours en nullité de la sentence, soit par la voie de l'opposition à l'ordonnance d'exequatur, si elle affecte le compromis lui-même, soit par la voie de l'appel, mais seulement lorsque la violation est imputable aux arbitres au cours des opérations d'arbitrage ». Le 10 octobre 1961 (46) elle dit encore l'appel recevable comme voie de nullité pour des causes différentes de celles prévues par l'article 1028 du Code de procédure civile, c'est-à-dire lorsque, dans l'exercice du pouvoir juridictionnel dont les parties les ont investis, les arbitres ont méconnu les règles d'ordre public ou violé les droits de la défense. Le 12 février 1963 (47), elle affirme la nécessité de distinguer l'atteinte à l'ordre public « fait des arbitres dans l'exercice de leur pouvoir juridictionnel » et la même atteinte « fait des parties dans le compromis lui-même ».

544. — Mais en réalité, la discrimination est délicate, et confine à l'artificiel, malgré son fondement logique. En ce qui concerne la violation de l'ordre public, il est difficile d'opérer une séparation radicale entre les vices affectant le compromis et ceux affectant la sentence. La Cour de cassation, le 29 novembre 1950 (48) dut statuer à propos d'un arrêt rendu par la Cour de Paris, qui, pour rejeter une opposition à l'ordonnance d'exequatur, s'était refusée à rechercher si une vente d'orge était intervenue à un prix supérieur au prix bloqué par le décret du 9 septembre 1939. Elle s'était fondée sur les circonstances que l'appelant « n'avait pas poursuivi la nullité du contrat devant la juridiction compétente et que la décision arbitrale étant intervenue en dernier ressort, la Cour d'appel ne pouvait en apprécier le bien ou le mal fondé ». L'arrêt fut

(43) Robert, n° 216 ; Cuche et Vincent, n° 627 ; Hébraud, note sous Paris 27 nov. 1946, J.C.P. 1947, II, 3 535.

(44) Boulbès, « Violation de l'ordre public, moyen de nullité du compromis d'arbitrage et de la sentence arbitrale », J.C.P. 1962, I, 1 676. Voir aussi note sous Paris, préc. 24 nov. 1961.

(45) Paris, 8 mars 1960, *Rev. arb.*, 1960, p. 129 ; J.C.P. 1962, II, 12 477 ; D. 1960, som., p. 72.

(46) Paris, 10 oct. 1961, *Rev. arb.*, 1962, p. 53.

(47) Paris, 12 fév. 1963, J.C.P. 1963, II, 13 281, note Level.

(48) Com. 29 nov. 1950, D. 1951, p. 17 ; *Rev. tr. dr. com.*, 1951, p. 273, obs. Boitard.

casé, car la nullité du contrat emporte nullité de la clause compromissoire, et l'on doit donc se pourvoir par opposition à l'ordonnance d'exequatur puisque le jugement a été rendu sur compromis nul.

555. — De même, le Tribunal civil de Toulouse, le 21 mars 1955 (49) fut saisi d'une espèce où l'exécution était prescrite par la sentence anglaise, malgré la suspension par le Gouvernement français de la licence d'importation.

Il est souvent difficile d'affirmer, ainsi qu'on l'a souligné, que la violation de l'ordre public ne se répercute pas sur le compromis, « puisque la suspension de licence a peut-être rendu caduque l'obligation de livrer, et partant, l'ensemble du contrat comportant cette obligation, y compris la clause compromissoire et le compromis passé en son exécution » (50).

La Cour de Toulouse est même allée jusqu'à affirmer que le retrait d'autorisation d'exportation était un cas de force majeure, qui, étant prévu par le contrat, entraînait la nullité du compromis et relevait donc de l'opposition à ordonnance d'exequatur (51).

556. — Plus topique encore est le problème soulevé par l'incompétence de l'arbitre. Un exemple, classique dit-on (52), est fourni par l'incompétence absolue qui peut être soit un cas d'opposition, soit un cas d'appel.

Elle est un cas d'opposition, lorsque l'objet est soustrait à l'arbitrage et que l'incompétence se confond avec la nullité du compromis. C'est ce qui s'est produit dans l'affaire soumise à la Cour de Paris le 8 mars 1960 (53) ; l'arrêt a considéré la violation de l'ordre public comme le fait des parties dans le compromis, et non des arbitres. En l'espèce, les parties, française et polonaise, avaient passé un contrat relatif à la livraison de bandes de film, en ne tenant compte ni de l'autorisation de l'Office des changes français, ni du traité commercial franco-polonais du 7 avril 1961. Le contrat prévoyait bien un paiement dans le cadre des accords de clearing, mais les paiements avaient été effectués entre les mains de l'attaché commercial de l'Ambassade de Pologne. En fait, ainsi que le souligne M. l'Avocat général Desangles, à la clause écrite s'était substituée dans l'intention des parties, une clause de paiement hors clearing.

La Cour de Paris, le 19 mai 1961 (54), distingue soigneusement la compétence *ratione materiae*, la compétence *ratione loci*, et le pouvoir juridictionnel des arbitres ; en ce qui concerne ce dernier, elle relève que les arbitres « ont recherché dans quelles conditions ils avaient été désignés et saisis ; qu'il apparaît ainsi que la prétendue contestation

(49) Tr. civ. Toulouse, 21 mars 1955, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1956, p. 117, note Mezger.

(50) Mezger, note sous Tr. civ. Toulouse, 21 mars 1955, *préc.* ; dans le même sens, Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1962, p. 160.

(51) Toulouse, 15 mai 1961, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1961, p. 803, note Mezger.

(52) Motulsky, note *préc.* sous Paris 5 janv. 1961.

(53) Paris, 8 mars 1960, *préc.*

(54) Paris, 19 mai 1961, J.C.P. 1961, II, 12 329, note Boulbès.

sur la compétence des arbitres était en réalité une contestation relative à l'existence du compromis et relève de l'opposition à l'ordonnance d'exequatur qui sanctionne les nullités de cette nature conformément à l'article 1028 du Code de procédure civile ».

557. — La même incompétence absolue relève, en revanche, de l'appel, lorsqu'elle est imputable aux arbitres qui ont rendu une décision pour laquelle ils étaient radicalement incompétents. Dans une espèce où l'arbitre avait méconnu le principe de la séparation des pouvoirs, en confiant à un séquestre judiciaire l'administration de la concession des eaux de la ville de Corte aux lieu et place du concessionnaire, la Cour de cassation a décidé le 10 novembre 1947 (55), que saisie d'une action en nullité introduite par la voie extraordinaire de l'opposition de l'article 1028, « la Cour d'appel devait déclarer d'office irrecevable le moyen tiré de l'incompétence *ratione materiae* de l'arbitre, comme ne figurant pas au nombre des cas de nullité limitativement énumérés par ce texte exceptionnel et qui donnent seuls ouverture à cette action ».

Certains auteurs ont fait observer que, dans cette affaire, l'incompétence des arbitres avait pour base — ou pour conséquence — le fait que l'arbitrage s'était déroulé à partir d'un compromis nul, puisque la mission confiée à l'arbitre concernait un service public (56).

Il nous semble cependant que l'argument n'est pas parfaitement fondé, car l'arbitre pouvait parfaitement trancher le litige sans empiéter sur la gestion du service public. Mais il reste que la distinction s'avère délicate, et que ses bases sont fragiles.

558. — Si l'on raisonne à partir du fondement contractuel de l'opposition à l'ordonnance d'exequatur, il est évident que les arbitres sont compétents seulement dans la mesure où ils sont valablement saisis par le compromis. Ainsi que le remarque M. le Professeur Hébraud (57), « ce mécanisme, où s'exprime la base contractuelle de l'arbitrage, tend à refouler la notion de compétence et les conséquences qui y sont attachées ». L'auteur reproche à M. le Conseiller Boulbès (58) d'aboutir à l'élimination complète de la notion de compétence. Pour ce dernier, la compétence *ratione loci*, sanctionnée seulement lorsque le compromis comporte une localisation, se ramène à un vice de la sentence. La compétence *ratione materiae*, déterminée par le compromis, relève de l'opposition à l'ordonnance d'exequatur, car les arbitres statuent ou bien hors compromis, ou sur choses non demandées, ou sur un compromis nul comme ayant un objet contraire à l'ordre public. La troisième catégorie de compétence, la compétence juridictionnelle — laquelle est le plus souvent confondue avec la compétence *ratione materiae* — se ramène encore à une contestation sur l'existence du compromis, puisqu'il s'agit

(55) Com. 10 nov. 1947, J.C.P. 1947, II, 3 968, note Cavarroc.

(56) Robert, n° 216 ; note G. J. V. sous Paris, 18 nov. 1952, J.C.P. 1953, II, 7 470 ; Boulbès, note préc. sous Paris 19 mai 1961.

(57) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1962, p. 161.

(58) Boulbès, note préc.

de savoir si les juges occasionnels ont été régulièrement investis du pouvoir de juger.

559. — Ce raisonnement est regrettable, mais difficile à attaquer sur le plan de la technique juridique ; on peut ramener entièrement la compétence à une « simple mission de nature contractuelle » (59). Un auteur décrivait la difficulté en ces termes : « il y a des cas où le pouvoir de juridiction de l'arbitre prétendu paraît absolument inexistant. Alors sa décision est aussi inexistante, comme jugement, que celle de l'usurpateur de fonction. Mais, pour les arbitres, le pouvoir de juridiction, s'il existe, résultant d'un contrat privé et non d'une institution émanée de l'autorité publique, la question devient peut-être encore plus obscure et la limite plus difficile à apercevoir » (60).

560. — Il est très dangereux de faire de la compétence de l'arbitre une simple conséquence du compromis. Comme on l'a dit, « tout le développement de l'arbitrage a consisté à lui faire dépasser la perspective contractuelle d'un mandat ou d'une transaction pour accéder à l'apaisement d'un litige par une juridiction, dans l'exercice, par conséquent, d'une véritable compétence » (61). La délimitation des frontières de l'appel et de l'action principale en nullité, d'origine contractuelle, que constitue l'ordonnance d'exequatur risque bien, sur ce point, d'aboutir à freiner l'essor de l'arbitrage. Ce n'est pas au caractère exceptionnel de l'opposition, parfaitement justifié, mais à l'existence même de celle-ci que ce risque est imputable, car elle permet de ramener tous les problèmes à la composante contractuelle.

§ 3. — *Hierarchie.*

561. — La jurisprudence qui délimite rigoureusement les frontières du domaine des deux actions se base sur le principe que l'appel de la sentence et l'opposition à ordonnance d'exequatur sont deux voies de recours totalement indépendantes, qui sont fondées sur des moyens différents. La Cour de Paris en tire la conséquence logique, dans un arrêt du 10 octobre 1961 (62) : « s'il est nécessaire que la sentence ait été préalablement rendue exécutoire pour que l'appel puisse en être valablement interjeté, il suffit que l'ordonnance d'exequatur ait été rendue et il n'importe que cette ordonnance elle-même soit contestée d'autre part au moyen de voies de recours qui lui sont propres ». Les arrêts rendus le 5 janvier 1961 et le 28 avril 1964 (63) sont également en ce sens.

Cette juridiction avait déjà affirmé l'indépendance des deux recours, dont l'origine, la portée et la signification différentes excluent la subor-

(59) Hébraud, *ibidem*.

(60) Japiot, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1937, p. 194.

(61) Hébraud, *ibidem*.

(62) Paris, 10 oct. 1961, *Rev. arb.*, 1962, p. 53.

(63) Paris, 5 janv. 1961, préc. ; 28 avril 1964, *Rev. arb.*, 1964, p. 83.

dination de l'un à l'autre, disait en substance l'arrêt du 27 novembre 1946 (64) ; mais il s'agissait de l'appel voie de réformation, alors que les décisions ci-dessus concernent l'appel voie de nullité.

562. — Le principe qu'elles affirment est assez nouveau. Le 16 mars 1936 (65), la Cour de Paris considérait au contraire l'examen de la demande en nullité fondée sur l'article 1028 préalable, puisque, si la nullité était prononcée, la sentence devrait être considérée comme inexistante, et ne serait plus un acte qualifié jugement arbitral. Certaines juridictions adoptaient cette argumentation (66), étayée au surplus par le motif qu'interjeter l'appel était par là même reconnaître l'autorité de la sentence et se fermer la voie de l'opposition (67).

La Cour de Paris, dans ses arrêts du 5 janvier et du 10 octobre 1961, répond à cette objection, en inversant le raisonnement : « Si l'on entend subordonner la recevabilité de l'appel à la solution de l'instance sur opposition au prétexte qu'elle pourrait éventuellement remettre en cause la sentence elle-même et rendre ainsi l'appel caduc, on est conduit inéluctablement et logiquement à subordonner au même titre et pour le même motif la recevabilité de l'opposition à la solution de l'instance d'appel qui, lorsque l'appel est fondé comme c'est le cas sur des moyens de nullité, peut également remettre éventuellement en cause l'existence de la sentence et rendre ainsi caduque l'ordonnance d'exécution, et par voie de conséquence l'opposition ».

563. — Sur le plan pratique, l'indépendance ne change pas grand-chose. Si l'opposition réussit, l'appel risque de devenir sans objet, mais les parties ont l'habitude d'exercer simultanément les deux recours. En évitant de surseoir à statuer, les juges ne peuvent que couper court à certaines manœuvres dilatoires.

Cependant, sur le plan théorique, cette jurisprudence n'est peut-être pas sans reproche. Il paraît peu logique d'affirmer que l'opposition sanctionne exclusivement les vices nés du compromis, antérieur à la sentence et d'où elle tire son existence même, et de lui refuser toute antériorité sur le plan des recours. L'exequatur est, depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 22 décembre 1959, la condition préalable de toute voie de recours. Bien qu'elle s'attaque à la sentence, l'opposition de l'article 1028 du Code de procédure civile reste, dans la forme, dirigée contre l'exequatur ; il serait donc plus rationnel, de surseoir à statuer sur l'appel, jusqu'au résultat de l'opposition (68).

Les difficultés soulevées par la concurrence de ces deux voies de recours, en droit interne, sont loin d'être toutes réglées de façon satisfaisante ; en droit international, la situation est peut-être encore plus critique.

(64) Paris, 27 nov. 1946, préc.

(65) Paris, 16 mars, 1936, préc.

(66) Tr. civ. Seine, 31 mai 1950, D. 1950, p. 691 ; Rabat, 15 janv. 1952, cité par Boitard, *Rev. tr. dr. com.*, 1952, p. 552 ; Lyon, 2 mai 1955, G.P. 1955, 2, Som. V° Arbitrage, n° 6.

(67) Glasson, Tissier, Morel, T. V, n° 1848.

(68) Voir en ce sens, Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1961, p. 535.

SECTION II

*LA COEXISTENCE DE L'OPPOSITION A ORDONNANCE
D'EXEQUATUR ET DE LA TIERCE-OPPOSITION
CONTRE LA SENTENCE ETRANGERE*

564. — L'appel étant exclu contre la sentence étrangère, et l'opposition de l'article 1028 du Code de procédure civile n'étant admise que dans les cas énumérés par ce texte, c'est à la tierce-opposition contre l'ordonnance que la jurisprudence a confié le contrôle de la sentence. En droit interne, la tierce-opposition est destinée simplement à élever le contentieux et à permettre un débat contradictoire devant le magistrat qui rend l'ordonnance. C'est un rôle bien plus vaste et assez différent qu'elle est appelée à jouer en droit international privé, puisqu'elle remplace l'appel.

Aussi des divergences sérieuses existent-elles en doctrine et en jurisprudence sur les domaines respectifs de l'action de l'article 1028 du Code de procédure civile et de la tierce-opposition, controverses centrées sur le caractère exclusif et limitatif des cas d'ouverture de l'opposition à l'ordonnance d'exequatur.

Le « cloisonnement » qui résulte de la juxtaposition des deux recours est un facteur certain de complexité et de multiplication des procédures, plus sensible peut-être encore qu'en droit interne. Les tribunaux tentent quelquefois de prévenir la seconde action. Ainsi un jugement rendu par le Tribunal de la Seine, le 23 février 1961 (69), tout en déclarant irrecevable le grief fondé sur l'absence de motifs, non prévu dans l'énumération limitative de l'article 1028, indique en outre qu'il n'est pas contraire à l'ordre public, ce qui implique l'échec d'un appel éventuel.

565. — Mais la jurisprudence va quelquefois plus loin, non sans trouver d'éminents soutiens en doctrine. L'abandon du caractère exclusif de l'opposition à ordonnance d'exequatur permettrait alors d'ouvrir une option entre les deux voies de recours, pour le cas où les vices invoqués rentreraient dans l'énumération de l'article 1028 ; en revanche, l'abandon de son caractère limitatif pourrait en faire l'instrument généralisé du contrôle de la sentence étrangère. Ces deux moyens ont été utilisés par certains arrêts, et il convient de les examiner :

§ 1. — Le caractère exclusif de l'opposition à ordonnance d'exequatur.

(69) Tr. gr. inst. Seine, 23 fév. 1961, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1962, p. 535, note Mezger.

§ 2. — Le caractère limitatif de l'opposition à ordonnance d'exequatur.

§ 1. — *Le caractère exclusif de l'opposition à ordonnance d'exequatur*

566. — La Cour d'Orléans, dans un arrêt du 15 mai 1961 (70) qui déclare recevables et fondés l'appel du jugement sur opposition et celui de l'ordonnance rendue sur tierce-opposition, les deux appels portant également sur la violation de l'ordre public par le compromis, semble bien avoir admis l'option entre les deux recours.

En revanche, la Cour de Paris, le 22 janvier 1954 (71), déclare le juge incompetent pour apprécier par la voie de la tierce-opposition le défaut de compromis. On ne peut cependant en déduire un réel rejet de la possibilité d'option, car la Cour accepte d'examiner le grief fondé sur la violation de l'ordre public, qui affectait en réalité la convention initiale, le contrat litigieux étant contraire à la législation des changes.

Les ordonnances rendues par le Président du Tribunal de la Seine, le 20 février 1961 (72) et le 26 décembre 1962 (73), prennent fermement parti pour la thèse restrictive.

La Cour de cassation, saisie du problème le 7 mai 1963 (74), condamne l'option, en déclarant que la tierce-opposition doit être admise, en matière d'arbitrages internationaux « en dehors des cas prévus par l'article 1028 du Code de procédure civile ».

567. — La doctrine se rallie généralement à cette opinion (75). Pour un auteur (76), cependant, la tierce-opposition permet de revenir devant le Président pour lui faire éventuellement « rétracter » son ordonnance, et doit par conséquent lui conférer tous les pouvoirs qu'il avait pour rendre celle-ci. Le Président peut et doit refuser l'exequatur au cas où il s'apercevrait d'une irrégularité manifeste — comme le défaut de compromis —, même s'il s'agit d'un vice rentrant dans l'énumération limitative de l'article 1028.

Tous ces griefs peuvent donc être invoqués par la voie de la tierce-opposition. Si l'opposition à ordonnance d'exequatur exclut l'appel, elle

(70) Orléans, 15 mai 1961, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1961, p. 778, note Mezger ; *Clunet* 1962, p. 140, note Goldman.

(71) Paris, 22 janv. 1954, *J.C.P.* 1955, II, 8 566, note Motulsky.

(72) Tr. gr. inst. Seine (Référé) 20 fév. 1961, préc.

(73) Tr. gr. inst. Seine, 26 déc. 1962 (Référé), *Rev. arb.*, 1962, p. 154.

(74) Civ. 7 mai 1963, *D.* 1963, note Robert ; *J.C.P.* 1963, II, 13 405, note Goldman ; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1963, p. 615, note Motulsky ; *Clunet* 1964, p. 82, note Bredin.

(75) Mezger, note sous Paris 22 janv. 1954, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1955, p. 175 ; sous Paris 27 mars 1962, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1962, p. 535 ; Bredin, art. préc., *Clunet* 1962, p. 660 ; note sous Civ. 7 mai 1963, *Clunet* 1964, p. 91 ; B. G., note sous Tr. gr. inst. Seine 20 fév. 1961, *Clunet* 1961, p. 1 128 ; Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1962, p. 698 ; Level, note sous Paris 27 mars 1962, *J.C.P.* 1963, II, 13 036.

(76) Motulsky, notes préc. sous Paris 22 janv. 1954 ; sous Paris 9 déc. 1955 ; sous Civ. 7 mai 1963.

ne doit pas exclure le pouvoir du juge de l'exequatur, qui en principe est antérieur. On ne voit pas par quel mécanisme juridique la compétence du juge pourrait disparaître à la suite du recours au tribunal appelé à statuer sur l'action en nullité, le recours fût-il fondé sur le même moyen.

568. — M. Mezger a cependant montré (77) que la tierce-opposition en matière d'arbitrage, et surtout d'arbitrage étranger, revêtait une physionomie spéciale. S'agissant des ordonnances sur requête, la tierce-opposition est la seule voie de recours ouverte à l'intéressé, tandis que s'agissant de l'arbitrage, elle coexiste avec l'opposition de l'article 1028 du Code de procédure civile, et — pour les sentences nationales — avec l'appel.

La tierce-opposition ne doit donc viser que l'ordonnance. Sous peine de la substituer à l'appel et à l'opposition à exequatur, il faut refuser de sanctionner par cette voie les cas relevant de l'article 1028 et ceux relevant de l'appel ; elle a donc un rôle très modeste en ce qui concerne les sentences françaises. Pour les sentences étrangères, où elle devient un substitut de l'appel, elle doit sanctionner les atteintes à l'ordre public, à condition qu'il ne s'agisse pas d'un cas prévu par l'article 1028.

569. M. le Professeur Motulsky (78) trouve cette théorie arbitraire, impraticable et contraire aux principes. Son défenseur en est, selon lui, réduit à interdire l'appel de l'ordonnance de référé rendue à la suite de la tierce-opposition, sous prétexte qu'il s'agit d'un cas prévu par l'article 1028. En fait, l'auteur dit simplement que si l'on admet que la tierce-opposition puisse être intentée pour un cas d'opposition à ordonnance d'exequatur, l'action de l'article 1028 exercée contre une ordonnance rendue sur tierce-opposition qui a refusé d'admettre le grief fondé sur l'énumération de ce texte, revient à soumettre au Tribunal la décision contradictoire du Président, et fait double emploi avec l'appel de l'ordonnance de référé (79).

Il ne faut pas oublier, croyons-nous, le particularisme de la tierce-opposition en matière de sentence étrangère. Elle est, vis-à-vis de la sentence nationale, exclusivement une voie de recours contre l'ordonnance ; vis-à-vis de la sentence étrangère, elle remplace l'appel, et permet donc de critiquer les vices affectant au fond la décision. Alors qu'en droit interne, le juge vérifie seulement la régularité formelle de la sentence, en droit international, il se livre à un contrôle de fond, même si l'on tient compte de l'absence de pouvoir de révision et du fait que l'ordre public international est moins exigeant que l'ordre public interne. La dualité existe déjà au stade des pouvoirs du juge : il est normal de la retrouver sur le plan de la tierce-opposition.

570. — De plus, il ne paraît pas de mauvaise technique juridique de

(77) Mezger, art. préc., *Nouv. rev. dr. int. pr.*, 1948, p. 111 ; notes préc. sous Paris 22 janv. 1954 et 27 mars 1962.

(78) Motulsky, note préc. sous Paris 9 déc. 1955.

(79) Mezger, note préc. sous Paris 22 janv. 1954.

limiter la tierce-opposition aux cas non prévus par l'article 1028. Il s'agit d'une création prétorienne, et la jurisprudence qui a déjà donné à cette voie de recours un caractère particulier en matière d'arbitrage, peut aller jusqu'à lui conférer un caractère de subsidiarité et interdire son emploi lorsqu'il existe une autre action, en l'espèce l'opposition à l'ordonnance d'exequatur. Il est logique qu'une action de création jurisprudentielle ne soit permise qu'en l'absence de toute action prévue par la loi. Car la liberté d'option entraîne, en définitive, une entorse à une prescription, légale celle-là, le respect du caractère exclusif de l'article 1028 du Code de procédure civile. Défendu jalousement lorsqu'en droit interne l'opposition entre en concours avec l'appel, on conçoit mal qu'il ne le soit pas lorsque celle-ci entre en concours avec la tierce-opposition.

§ 2. — *Le caractère limitatif de l'opposition à ordonnance d'exequatur.*

571. — L'abandon en droit international du caractère limitatif de l'article 1028 du Code de procédure civile fut amorcé par la Cour de Paris, dans un arrêt du 27 mars 1962 (80) qui affirme que les moyens de nullités (fondés sur l'article 1028 et sur la tierce-opposition) « proposés par une opposition bivalente à l'ordonnance d'exequatur » sont les uns et les autres recevables.

Le 30 mai 1963 (81), saisie de l'appel d'un jugement d'opposition à ordonnance d'exequatur, la Cour décide que les premiers juges ont déclaré à tort irrecevables les moyens tirés d'une prétendue violation de l'ordre public, et que « la recevabilité de cette opposition, dont le caractère apparaît ainsi bivalent, ne saurait, en l'espèce, se heurter au caractère exclusif de l'article 1028 en pur droit interne ».

572. — Malgré les vives critiques dont elle est l'objet, cette doctrine est défendue par M. le Professeur Motulsky (83), qui reprend à son compte les arguments fournis par l'arrêt.

Sur le plan pratique, la Cour invoque « l'impossibilité » qu'il y aurait à s'opposer à l'exécution en France d'une décision étrangère contraire à l'ordre public ; certes, la tierce-opposition est possible, mais elle ne bénéficie pas de l'effet suspensif attaché à l'opposition à l'ordonnance d'exequatur (84). A quoi, M. Motulsky ajoute, à juste titre, l'intérêt d'une action préventive, si tant est qu'elle subsiste depuis la subordination des recours à l'ordonnance d'exequatur (85). La simplification de la procédure,

(80) Paris, 27 mars 1962, préc.

(81) Paris, 30 mai 1963, J.C.P. 1963, II, 13 338, note Motulsky ; *Rev. arb.*, 1963, p. 93 ; *Clunet* 1964, p. 85, note Bredin.

(82) Mezger, note préc. sous Paris, 27 mars 1962 ; Goldman, note préc. sous Civ. 7 mai 1963 ; Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1962, p. 697 ; 1963, p. 786 ; Bredin, note sous Paris, 30 mai 1963, *Clunet* 1964, p. 92.

(83) Motulsky, note sous Paris, 30 mai 1963, J.C.P. 1963, II, 13 338 ; note préc. sous Civ. 7 mai 1963 ; « L'internationalisation du droit français de l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1963, p. 121.

(84) Voir *supra*, n° 443.

(85) Voir *supra*, n° 493, et ss.

qui à l'heure actuelle conduit les parties à user simultanément des deux voies de recours, en serait également indiscutable.

573. — Mais la justification théorique de l'exclusion, en droit international, du caractère limitatif des cas d'ouverture de l'article 1028 est moins évidente.

Pour l'arrêt « le juge saisi de l'opposition à ordonnance d'exequatur d'une sentence arbitrale internationale est tenu d'appliquer la loi désignée par la règle de conflit pour autant qu'elle n'est pas contraire à l'ordre public international : (qu')il s'ensuit que ces règles s'imposent au juge de l'exequatur préalablement aux articulations précises de l'article 1028 ».

M. Motulsky, abandonnant sa position antérieure (86), approuve la Cour de Paris. S'il est vrai que le caractère institutionnel de l'opposition à ordonnance d'exequatur implique la vérification de la régularité de la sentence au regard de la *lex fori*, les cas de nullité doivent être recherchés d'abord dans la loi d'autonomie, l'ordre public français n'intervenant qu'à titre de « remède » éventuel contre une carence ou un excès de la loi étrangère applicable.

Le caractère limitatif attaché à l'article 1028 n'a donc pas de raison de s'appliquer, puisque la loi française est inapte à régir les causes de nullité. Il n'y a pas de raison de réintroduire une telle restriction.

L'auteur trouve des applications de cette théorie dans la jurisprudence que nous avons étudiée plus haut (87). En réalité, on peut aussi bien en déduire que les règles institutionnelles doivent s'assoupir au regard des exigences de l'ordre juridique international, notamment par le recours aux équivalences.

574. — Si remarquable que soit cette construction doctrinale, il nous paraît cependant difficile de l'admettre.

En effet, la possibilité de contrôle offerte par l'article 1028 fait partie de « l'armature organique de la procédure française », comme le rappelle encore justement M. Motulsky. Le juge français doit pouvoir vérifier s'il s'agit bien d'un arbitrage volontaire au sens de la loi française, c'est-à-dire au sens de l'article 1028, du moins dans ses trois premières articulations.

Mais nous croyons que séparer le principe de l'admission du contrôle, et les causes éventuelles de nullité, revient à vider complètement l'article 1028 de sa signification. Suivant l'expression d'un auteur qui désapprouve d'ailleurs la Cour de Paris « l'opposition se réduit à une simple forme de procéder, sous laquelle on peut glisser toutes les causes de critique prévues par la loi étrangère » (88).

575. — Au demeurant, l'opposition à ordonnance d'exequatur changerait complètement de nature. Elle est possible contre la sentence étran-

(86) Voir *supra*, n° 448 et ss.

(87) Voir *supra*, n° 449.

(88) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1963, p. 786.

gère parce qu'elle s'en prend à sa base contractuelle (89). Sans doute elle a une nature hybride, et vise en réalité la sentence. M. Motulsky a raison de dire qu'il s'agit « du point de vue fonctionnel, d'une voie de recours ». L'élargissement de son domaine supposerait cependant sa transformation en une « norme nouvelle spéciale aux relations internationales », suivant l'aveu même et le souhait de l'auteur (90).

Or, cette création ne paraît guère devoir être du ressort de la jurisprudence. La faculté d'établir des règles nouvelles est particulièrement difficile à admettre dans le cas des voies de recours, « dont le régime requiert plus que tout autre », a-t-on écrit (91), « certitude et prévisibilité ».

D'ailleurs, si l'on reconnaît, comme nous avons essayé de le montrer, que la *lex fori* est seule compétente en la matière, le caractère limitatif de l'article 1028 s'impose autant en droit international qu'en droit interne.

La Cour de cassation qui n'avait jusque-là affirmé la solution qu'en droit interne, évoque, le 7 mai 1963, l'énumération limitative de cet article, et semble bien par là condamner la thèse de la Cour de Paris (92).

576. — Les avantages réels d'une extension du domaine de l'opposition à ordonnance d'exequatur sont au demeurant fort incertains.

Certes, il est irritant pour l'esprit, et bien décevant en pratique, d'admettre que le Président du tribunal ne puisse connaître des griefs autres que ceux articulés par le texte qui lui donne compétence, uniquement parce qu'il est entouré de deux assesseurs ; mais il le serait bien davantage de voir le Président et le Tribunal tout entier saisis — dans la mesure où les causes de nullité ne sont pas prévues par l'article 1028 — des mêmes griefs, et de retrouver deux appels parallèles devant la même Cour. Le système proposé par M. le Professeur Motulsky est fort cohérent, puisque l'auteur prévoit la disparition de la tierce-opposition, faute d'utilité. Mais, comme on l'a fait remarquer, c'est trop espérer du « condamné récalcitrant, rapidement mué en tenace plaideur des causes même perdues » (93).

En définitive, seule une refonte législative du système pourrait apporter une solution au problème des recours contre la sentence étrangère. Les tentatives de la Cour de Paris et la doctrine de M. Motulsky pourraient alors être utilement envisagées sous cet angle (94).

(89) Voir *supra*, n° 445.

(90) Motulsky, note préc. sous Civ. 7 mai 1963.

(91) Goldman, note sous Civ. 7 mai 1963, préc.

(92) Monsieur Motulsky pense simplement que l'arrêt ne lui est pas favorable, le problème n'ayant pas été débattu (note préc. sous Paris, 30 mai 1963).

(93) Goldman, *ibidem*.

(94) Voir Boulbès, « L'exequatur des sentences arbitrales. Suggestions pour une réforme », J.C.P. 1964, I, 1822.

577. — Le système actuel des recours contre la sentence est pléthorique, compliqué et décevant. Tous les auteurs sont unanimes à le reconnaître, et les souhaits et projets de réforme ne manquent pas (1).

Les critiques sont formulées la plupart du temps à l'encontre de l'opposition à l'ordonnance d'exequatur, source de tous les maux, à cause de son caractère exceptionnel, qui ne peut d'ailleurs être mis en question ; c'est donc l'existence même de l'action qui est en cause. La dualité des recours ne se justifie plus, du moins en droit interne ; l'opposition, également voie de nullité contre la sentence, ne présente même plus l'avantage d'une procédure simplifiée par rapport à l'appel, puisqu'elle peut elle-même être portée devant la juridiction du second degré ; l'essai de distinction entre les domaines de ces voies de recours s'avère en définitive artificiel.

De plus, on voit mal quelles garanties supplémentaires offre l'opposition lorsque sont en cause les vices inhérents au compromis ; les pouvoirs du juge d'appel et du juge de l'opposition sont pratiquement les mêmes, l'un pas plus que l'autre n'étant lié par l'appréciation des faits.

Dès 1947, un auteur avait dénoncé l'inutilité de l'opposition à ordonnance d'exequatur (2). L'unanimité semble bien réalisée à ce sujet (3).

En réalité, il paraît impossible et inutile de vouloir répartir en deux actions différentes les nullités ressortissant au compromis et celles ressortissant à la sentence ; l'appel peut parfaitement connaître des deux sortes de vice, à condition évidemment que la renonciation soit interdite sur ces points.

578. — Si l'on envisage une réforme des voies de recours, en matière d'arbitrage, nous croyons qu'il y a lieu de tenir compte de trois points :

1°) L'arbitrage étant rendu par des juges occasionnels, il faut renforcer les garanties offertes aux parties, notamment en permettant toujours le recours à la juridiction du second degré ; cette remarque est importante à l'heure actuelle, où l'ordonnance d'exequatur est de plus en plus considérée comme une simple formalité. La proposition de loi

(1) Voir par ex. Robert « La réforme de la procédure d'arbitrage », *Rev. arb.*, 1955, p. 8 ; *Traité*, n° 207 ; Mezger, art. préc. 1948, p. 113 ; projet de la Commission de réforme du Code de procédure civile, p. 142 ; Proposition de loi Diligent, 21 mars 1962, *Documents parlementaires*, 1962, n° 1 680 ; Boulbès, art. préc. 1954 ; Gonfreville, « La réforme de la procédure arbitrale en France », *Rev. arb.*, 1963, p. 3.

(2) Hébraud, note préc. sous Paris, 27 nov. 1946 ; obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1951, p. 259 ; art. préc. 1954 ; voir ég. *Rev. tr. dr. civ.*, 1963, p. 786.

(3) Mezger, art. préc. 1948, p. 71, p. 113 ; note préc. sous Paris 22 janv. 1954 ; Raynaud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1955, p. 379 ; Robert, n° 216 ; G. J. V. note préc. sous Paris, 29 nov. 1951 ; Level, note préc. sous Aix 16 oct. 1962 ; Boulbès, art. préc., J.C.P. 1961, I, 1 160 ; Proposition de loi Diligent, 21 mars 1962, préc. ; *Contra.*, cependant Motulsky, note préc. sous Paris 30 mai 1963 : l'auteur voudrait au contraire faire de l'opposition à l'ordonnance d'exequatur « le moyen généralisé de faire valoir la nullité des sentences étrangères au regard de l'ordre juridique français » et supprimer la tierce-opposition ; replacée dans un cadre de réforme générale, cette conception ne semble pas très heureuse, en ce qu'elle laisse entier le problème de l'opposition à l'ordonnance d'exequatur contre la sentence française.

Diligent du 21 mars 1962 envisage la suppression des voies de recours contre l'ordonnance ; nous ne croyons pas que cette mesure soit à retenir, surtout si l'on tient compte du rôle important que la Cour de cassation confère à l'exequatur.

2°) La sentence étrangère est insusceptible d'appel : il faut en tenir compte dans l'aménagement des recours possibles. L'exequatur est « le point d'accrochage de ce contrôle », suivant l'expression d'un auteur (4) ; nous croyons avec lui qu'il faut donc en aménager les formes afin d'organiser un débat contradictoire, et accepter d'entendre largement les pouvoirs du Président.

3°) Dans la jurisprudence de la Cour de cassation, l'ordonnance d'exequatur est appelée à jouer un rôle de tout premier plan ; si l'on excepte son fondement regrettable, elle peut être envisagée comme un premier barrage, destiné à éviter les recours contre une sentence manifestement irrégulière. Il nous paraît opportun, devant ces données de distinguer deux stades dans les recours contre l'ordonnance.

579. — Au stade de l'ordonnance d'exequatur pourrait être institué un premier contrôle de la sentence, par lequel on ferait valoir toutes les causes de nullité. Ce qui inclut certes une extension des pouvoirs du Président, mais aussi surtout un recours devant la juridiction du second degré, quelle que soit la décision rendue, — la tierce-opposition restant bien entendu ouverte en cas d'ordonnance non contradictoire —. Le référé paraîtrait sur ce point bien préférable à l'ordonnance sur requête, car il permettrait d'emblée l'intervention de la partie adverse.

Un deuxième stade, correspondant à l'appel actuel, amènerait la sentence devant une juridiction du deuxième degré. Celle-ci statuerait comme elle le fait en matière d'ordre public, c'est-à-dire en prononçant éventuellement la nullité de la sentence (5), sur tous les vices de la sentence et du compromis (6). L'appel serait toujours recevable dans ce cas.

580. — Il ne semble pas que l'on doive objecter que l'appel ferait double emploi alors avec l'ordonnance d'exequatur ; les objets en seraient différents. Peu importe que la Cour annule une sentence à qui l'exequatur aurait dû être refusé, comme, en l'état actuel, elle annulerait une sentence portant violation manifeste de l'ordre public.

(4) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1956, p. 396.

(5) L'appel voie de réformation restant prévu comme à l'heure actuelle. Malgré la défaveur dont il est entouré, il paraît préférable de maintenir l'appel même pour les affaires minimes, les parties pouvant désirer se soumettre à l'arbitrage dans la mesure seulement où cette garantie leur est offerte. Nous n'approuvons pas la Proposition de loi Diligent, qui exclut l'appel au-dessous d'un certain taux, pas plus que l'idée de considérer les arbitres comme ayant toujours la qualité d'amiables compositeurs, ce qui exclurait l'appel au fond (Gonfreville, art. préc. *Rev. arb.* 1963, p. 8 ; Boulbès, art. préc. 1964) : les parties désirent souvent voir leur litige jugé d'après les règles de droit.

(6) En ce sens Hébraud, art. préc., 1954.

Nous ne croyons pas qu'on puisse supprimer le premier stade, car l'arbitrage requiert une certaine célérité et le demandeur doit pouvoir obtenir rapidement — mais non facilement — l'exécution. C'est pourquoi, l'action en nullité portée devant le Tribunal civil, envisagée par M. le Professeur Hébraud à propos de la sentence étrangère (7) nous paraît insuffisante, du moins à elle seule.

La sentence étrangère ne serait évidemment visée que par les voies de recours rendues contre l'ordonnance d'exequatur, c'est-à-dire par la tierce-opposition, et avant tout par l'appel contre l'ordonnance ; le contrôle serait suffisant, semble-t-il, à partir du moment où cet appel serait admis dans tous les cas.

Le système que nous proposons aurait l'avantage de concilier rapidité de l'arbitrage et garanties données aux justiciables, tout en étant relativement simple.

Quoi qu'il en soit, une réforme semble imminente, car la situation actuelle est intolérable, et risque d'entraîner la paralysie de l'arbitrage.

(7) Hébraud, obs. *Rev. tr. dr. civ.*, 1956, p. 396.

CONCLUSION

581. — La nature de l'arbitrage ne présente pas seulement un intérêt théorique. Les lacunes du Code de procédure civile relatives au régime à adopter en font une question fondamentale. L'essor que connaît actuellement l'institution, sur le plan interne et plus encore sur le plan international, a entraîné l'apparition de problèmes naguère insoupçonnés.

La sentence étrangère, ignorée des rédacteurs du Code, est devenue depuis quelques années la source de nombreuses difficultés ; outre le droit qui lui est applicable, il a fallu déterminer les caractères qu'elle doit revêtir pour recevoir l'exequatur en France ; l'agencement des recours dont elle est susceptible n'est pas encore déterminé.

En droit interne, le développement de l'arbitrage a fait remettre en question les solutions même que l'on croyait acquises. L'exigence, assez soudaine, d'un exequatur préalable à l'exercice des voies de recours, est probablement l'indice d'un bouleversement profond ; elle est en tout cas lourde de conséquences en ce qu'elle dénie à la sentence l'autorité de la chose jugée.

L'élaboration du régime de l'arbitrage n'est pas achevée, et rend plus pressante la nécessité de découvrir sa véritable nature.

582. — Issue de la seule volonté, l'institution ne peut survivre que si elle répond à ce qu'on attend d'elle. Or les Tribunaux sont souvent partagés entre le désir d'assurer sa pleine efficacité à la convention arbitrale, et une certaine hostilité à l'égard des juges privés qu'elle institue. Du fait que son but juridictionnel implique l'existence d'un certain contrôle de la part de la justice officielle, ils ont quelquefois tendance à exagérer celui-ci, au détriment de la rapidité et de la souplesse nécessaires à l'arbitrage.

L'équilibre est, sans conteste, difficile à réaliser, mais nous croyons qu'il devient impossible s'il est recherché à partir des deux éléments qui composent l'institution. Contrat et juridiction sont deux notions antinomiques, qui ne peuvent s'affronter sans subir une altération profonde, et au demeurant si inextricablement mêlées en l'espèce qu'elles en deviennent indissociables. La violation de l'ordre public imputable aux parties et celle imputable aux arbitres ne se distinguent bien souvent, que de façon artificielle ; la coexistence de l'opposition à ordonnance d'exequatur, qui sanctionne les vices inhérents au contrat, et de

l'appel, lié à l'aspect juridictionnel de la sentence, est à l'origine de difficultés innombrables.

On peut, de plus, facilement accorder la prééminence ou au contraire tenir pour lettre morte l'une des deux composantes de l'institution, et les Tribunaux le font souvent, sans souci des contradictions qu'ils affichent.

La Cour de Paris, pour écarter l'application du contredit, déclare que la notion de compétence est étrangère à la juridiction arbitrale ; elle affirme que celle-ci n'a qu'une compétence d'emprunt lorsqu'il s'agit de justifier la renonciation à l'incompétence des Tribunaux. Mais en même temps, elle s'élève contre la doctrine de la Cour de cassation et se montre le plus ardent défenseur de la compétence des arbitres pour statuer sur leur investiture.

En droit international, pour appliquer la loi d'autonomie, la jurisprudence n'a pas hésité à amputer l'arbitrage de son élément juridictionnel, dont elle est pourtant obligée de tenir compte, en matière de recours, pour déclarer l'appel irrecevable contre la sentence étrangère.

Découvrir à l'arbitrage une nature hybride revient souvent, en réalité, à lui conférer un caractère protéiforme.

583. — Or l'arbitrage assume une fonction propre, en droit interne comme en droit international. Les parties, en s'y référant, cherchent à donner à leur litige une solution différente de celle que pourrait leur fournir le droit en vigueur appliqué par les Tribunaux officiels.

Ce rôle particulier fait de l'arbitrage une institution autonome étrangère au contrat comme à la juridiction. Reconnaître sa nature originale permettrait d'éviter bien des incohérences.

Il nous paraît difficile de supposer que l'arbitrage se transforme en passant du plan interne au plan international. C'est pourtant la conclusion à laquelle conduit la théorie de l'assimilation ; la Cour de cassation, en proclamant, en droit international seulement, l'autonomie de la clause compromissoire, et partant, la compétence des arbitres pour statuer sur la validité de leur investiture dans la mesure où la contestation ne vise que le contrat principal, semble l'avoir implicitement admis. Les nécessités du commerce international peuvent exiger parfois l'assouplissement des règles applicables, mais ne justifient certainement pas un contraste pareil entre les solutions du droit interne et celles fournies par le droit international.

L'application de la loi d'autonomie se conçoit parfaitement, croyons-nous, parce qu'elle est la règle de conflits la plus adéquate, et non parce que l'arbitrage doit s'identifier à un contrat. De même, seule la reconnaissance du caractère spécifique de l'arbitrage permet d'expliquer pourquoi la théorie de l'autonomie absolue de la volonté peut être à la fois bannie en matière de contrat, et admise, comme elle l'est par la Cour de cassation, aussi bien que par les Conventions internationales, en matière d'arbitrage.

584. — La nature particulière de l'arbitrage se compose d'éléments

irréductibles. La sentence est un acte juridictionnel : les arbitres sont des juges, privés certes, mais détenteurs d'une véritable compétence.

Du fait que la sentence est un acte juridictionnel, on doit lui reconnaître l'autorité de la chose jugée ; la doctrine de la Cour de cassation, qui fait découler cette dernière de l'ordonnance d'exequatur, nous paraît insoutenable.

En revanche, la jurisprudence considère que toutes les énonciations de la sentence font foi jusqu'à inscription de faux (1), et néglige ainsi l'origine privée de l'arbitrage. Seul le dispositif devrait bénéficier de la force probante absolue, parce qu'il ne doit donner lieu à aucune contestation en cas d'exécution forcée ; on a fait remarquer à juste titre que celle-ci « est « fondée sur le caractère public de l'auteur de l'acte notarié ou judiciaire et non sur sa nature juridictionnelle » (2).

La situation en matière de voies de recours est devenue intolérable ; le système actuel, fondé sur la volonté de tenir compte des deux composantes de l'arbitrage, ne conduit qu'à d'inutiles complications.

La nature particulière de l'institution se manifeste ici avec force : seul un régime original, libéré de la notion de contrat comme de celle de juridiction, permettrait de concilier la rapidité nécessaire ainsi que les garanties que les parties sont en droit d'exiger.

Pour permettre à l'arbitrage de connaître le développement qu'il mérite, tout en le maintenant dans de justes limites, il faut admettre, croyons-nous, que sa nature n'est ni contractuelle, ni juridictionnelle, ni hybride, mais autonome.

(1) Civ. 6 juil. 1840, S. 1840, 1, p. 882 ; Req. 7 janv. 1857, D. 1857, 1, p. 406 ; Paris, 30 mars 1962, *Rev. arb.* 1962, p. 62 ; J.C.P. 1962, II, 12 843, note Level ; 12 fév. 1963, J.C.P. 1963, II, 13 281, note Level ; 21 mars 1963, *Rev. arb.*, 1963, p. 130 ; Glasson, Tissier, Morel, T. V, n° 1840 ; Robert, n° 194.

(2) Hébraud, *Rev. tr. dr. civ.*, 1962, p. 693 ; voir également Cornu et Foyer, p. 98.

Vu le Président de la thèse :
J. VINCENT

Vu le Doyen de la Faculté de
Droit et des Sciences Econo-
miques de Lyon : J. VINCENT

Vu et permis d'imprimer,
Le Recteur de l'Académie de
Paris : L. PIERRE

ANNEXE I

REGLEMENT DE LA CHAMBRE ARBITRALE DE PARIS

PRELIMINAIRES

Article 1^{er}. — La Chambre arbitrale a pour objet la solution, par conciliation et arbitrage, des contestations soumises à son examen.

Elle concilie ou instruit les litiges qui sont renvoyés devant elle par les Tribunaux ordinaires ou arbitraux.

Elle procède aux analyses qui lui sont demandées.

REGLEMENT DE L'ARBITRAGE

Article 2. — La Chambre arbitrale est constituée arbitre unique ; sa désignation emporte que l'arbitrage sera rendu par elle conformément aux dispositions qui suivent sauf dérogation admise par les parties.

COMPETENCE

Article 3. — La Chambre arbitrale est, dans chaque espèce dont elle est saisie, juge de sa compétence.

Elle se réserve de décliner les fonctions d'arbitre. Elle n'est pas tenue de donner les raisons de son refus.

POUVOIRS

Article 4. — La désignation de la Chambre arbitrale implique renonciation au droit d'appel devant la juridiction d'appel de droit commun, et les sentences sont rendues en dernier ressort et sans recours.

La Chambre arbitrale est dispensée de suivre dans ses opérations, la procédure, les délais et les formes établis pour les Tribunaux ou spéciaux à la matière de l'arbitrage.

Elle décide comme amiable compositeur si les parties en ont expressément convenu.

COMMISSIONS ARBITRALES.

Article 5. — La Chambre arbitrale remplit ses fonctions d'arbitre par l'intermédiaire de Commissions d'arbitrage. Ces Commissions sont composées de membres pris dans une liste arrêtée par la Chambre arbitrale sur propositions des groupements adhérents.

Article 6. — Les membres des Commissions d'arbitrage inscrits sur la liste, doivent être français ou naturalisés depuis au moins cinq ans ; ils doivent exercer ou avoir exercé une fonction commerciale (commerçant, président directeur général, administrateur ou gérant d'une société commerciale, directeur de société coopérative, fondé de pouvoirs, etc...).

Article 7. — Les membres des Commissions d'arbitrage sont répartis dans des sections spécialisées qui comprennent ou peuvent comprendre elle-mêmes des sous-sections.

Une même personne peut figurer comme membre de commission d'arbitrage dans plusieurs sections ou sous-sections spécialisées.

Article 8. — Les membres appelés à former une commission d'arbitrage sont, en principe, choisis dans la section professionnelle compétente pour connaître du litige. Toutefois le Président de la Chambre arbitrale peut désigner ou agréer, pour faire partie d'une Commission, une personne d'une autre section ou une personne, même de nationalité étrangère, exerçant une profession commerciale et ne figurant pas sur la liste des membres de Commissions d'arbitrage.

Article 9. — Un membre de Commission d'arbitrage peut être récusé pour les mêmes raisons qu'un juge. Il doit notamment n'être ni parent, ni allié des parties, ni intéressé à la solution du litige. Le Président de la Chambre arbitrale décide en dernier ressort s'il y a lieu à récusation.

Article 10. — En cas de refus, d'empêchement ou de récusation d'un membre de commission d'arbitrage, le Président de la Chambre arbitrale procède à son remplacement.

Article 11. — Le Président et le Vice-Président de la Chambre arbitrale, lorsque ce dernier remplace le Président, ne peuvent être désignés comme membres de Commissions d'arbitrage.

SAISINE — COMPROMIS — DEMANDE D'ARBITRAGE

Article 12. — La Chambre arbitrale est saisie soit par un compromis, soit par une demande d'arbitrage formulée en vertu d'une clause compromissoire.

Le compromis ou la demande d'arbitrage doivent contenir les noms, professions et adresses des parties, l'exposé sommaire des faits litigieux et de façon très précise l'objet de la demande.

Lorsque la Chambre arbitrale est saisie d'une demande d'arbitrage, elle en avise immédiatement le ou les défendeurs.

COMMISSION DU PREMIER DEGRE

Article 13. — Le litige est porté devant une Commission dite du premier degré et composée de trois membres désignés comme suit :

1°) Dans le cas de compromis, celui-ci est accompagné de la désignation, par chacune des deux parties en cause, d'un Membre pris sur la liste de la section spécialisée.

Dans le cas de demande d'arbitrage, mettant en cause un seul défendeur, le demandeur a la faculté de désigner un membre pris sur la liste de la section spécialisée. Dans le délai de cinq jours de la réception de la notification de la demande d'arbitrage, le défendeur aura la même faculté.

2°) Le troisième membre est toujours désigné par le Président de la Chambre arbitrale et préside la Commission.

Si l'une des parties n'a pas usé de la faculté qui lui est laissée de désigner un membre de la Commission d'arbitrage, le Président de la Chambre arbitrale procède d'office à cette désignation.

S'il y a plus de deux parties en cause, le Président de la Chambre arbitrale désigne les trois Membres de la Commission d'Arbitrage.

CITATION AU PREMIER DEGRE

Article 14. — La Chambre arbitrale cite les parties devant la Commission d'Arbitrage aux jour et heure fixés par elle.

PROJET DE SENTENCE

Article 15. — Si, au cours de la séance, les parties présentes ou représentées ne se concilient pas, la Commission émet à la majorité des voix un projet de sentence qui sera signé par le Président de la Commission et notifié aux parties par la Chambre arbitrale. Ce projet de sentence mentionne : le nom des Membres de la Commission d'arbitrage, un exposé succinct des faits, les motifs de la décision et l'énoncé des condamnations.

Article 16. — Si, dans le délai de quinze jours francs qui suit la date de réception de la notification du « projet de sentence », la Chambre arbitrale n'a pas reçu avis écrit que les parties ont retiré leur instance, ou avis écrit d'une demande d'examen au deuxième degré, le « projet de sentence » est transformé en sentence sur la simple requête de l'une des parties et notification en est faite aux intéressés.

COMMISSION DU DEUXIEME DEGRE

Article 17. — Si la Chambre arbitrale a reçu, dans le délai prévu de quinze jours francs, une demande d'examen au deuxième degré, le Président de la Chambre arbitrale nomme une Commission d'arbitrage composée de cinq membres.

Article 18. — Les Membres d'une Commission d'arbitrage du premier degré ne peuvent, dans un même différend, siéger à la Commission du deuxième degré.

CITATION AU DEUXIEME DEGRE

Article 19. — La Chambre arbitrale cite les parties devant la Commission du deuxième degré aux jour et heure fixés par elle.

SENTENCE

Article 20. — La décision de la Commission du premier degré ne peut être modifiée par la Commission du deuxième degré qu'à la majorité de quatre voix.

La Commission du deuxième degré rapporte une sentence définitive qui est signée par le Président de la Commission et notifiée aux parties par la Chambre arbitrale.

Article 21. — La sentence mentionne : le nom des Membres de la Commission d'Arbitrage, un exposé succinct des faits, les motifs de la décision et l'énoncé des condamnations.

DEPOT AU GREFFE

Article 22. — Les sentences sont déposées, par la Chambre arbitrale, au Greffe du Tribunal Civil conformément à la loi, mais seulement à la demande de l'une ou l'autre des parties.

EXECUTION

Article 23. — Il appartient aux parties de faire exécuter les sentences.

COMMUNICATION DES PIECES

Article 24. — Les échantillons, prélevés conformément aux usages, doivent parvenir sans retard et en tous cas deux jours au moins avant le débats, au Secrétariat de la Chambre arbitrale. Ils restent à la disposition de la partie qui les a remis, pendant trois mois après la décision de la Commission d'arbitrage ou du retrait de la demande d'arbitrage. Passé ce délai la Chambre arbitrale en dispose.

Doivent également parvenir dans le même délai, au Secrétariat de la Chambre arbitrale, toute conclusions, tous documents et justifications utiles classées et répertoriées. Ces pièces seront tenues à la disposition de la Commission et les parties intéressées pourront les consulter au siège de la Chambre arbitrale aux date et heure fixée par le Secrétariat.

Aucune communication, de quelque nature qu'elle soit, ne doit être faite directement aux Membres des Commissions d'arbitrage.

COMPARUTION ET REPRESENTATION

Article 25. — Les parties peuvent présenter toutes observations verbales ou écrites. Elles peuvent se substituer un mandataire habilité ou se faire assister.

Article 26. — Si le demandeur ne comparaît pas personnellement, ou ne s'est pas fait représenter, ou n'a pas produit par écrit son argumentation, sans motif légitime à une quelconque audience, l'affaire est supprimée.

MESURES D'INSTRUCTION

Article 27. — Les Commissions d'arbitrage ont, pour la recherche des éléments d'appréciation, les pouvoirs les plus larges.

Elles peuvent ordonner toutes mesures d'instruction qu'elles jugeraient utiles. Le Président de la Commission peut demander que le Conseil Juridique de la Chambre arbitrale soit entendu avant toute décision.

TENUE DES AUDIENCES

Article 28. — Le Président de la Commission d'arbitrage peut prendre, avant ou pendant la séance d'arbitrage, toutes dispositions propres à assurer la bonne tenue et la rapidité des débats.

REMISE D'AUDIENCE

Article 29. — Sauf motifs reconnus justifiés, si le défendeur, malgré une deuxième convocation adressée par lettre recommandée avec avis de réception, ne comparait pas devant la Commission d'arbitrage du premier ou du deuxième degré, la Commission peut procéder à l'arbitrage en se basant sur les éléments dont elle dispose.

Article 30. — Si la solution d'un litige est retardée par la faute de l'une des parties, le droit prélevé pour la remise de l'examen du différend à une autre séance de la Commission d'arbitrage, peut être égal au cinquième des frais ordinaires d'arbitrage et il est supporté par la partie qui a été cause de la remise.

DELAIS D'ARBITRAGE

Article 31. — Les sentences sont rendues dans un délai maximum de trois mois à partir du dépôt du compromis ou de la notification de la demande d'arbitrage, toutefois, il est décidé par le Président de la Chambre arbitrale, s'il le juge nécessaire, une ou plusieurs prorogations de trois mois.

AUGMENTATION DES DELAIS

Article 32. — Quand l'une au moins des parties réside hors de France, les différents délais prévus sont prolongés comme suit :

Iles Britanniques et Etats limitrophes de la France	4 jours
Autres pays européens et Bassin Méditerranéen	10 jours
Autres pays	1 mois

Article 33. — Tous les délais prévus dans le présent règlement s'entendent en jours francs.

URGENCE

Article 34. — Dans le cas où la procédure d'urgence est demandée, le Président de la Chambre arbitrale a toute liberté pour décider si cette procédure doit être suivie.

Les membres de la Commission d'arbitrage du premier degré sont alors tous désignés par le Président de la Chambre arbitrale.

Les parties peuvent renoncer à se pourvoir devant une commission d'arbitrage du deuxième degré. Dans cas, la Commission est composée de cinq membres, tous désignés par le Président de la Chambre arbitrale, et la décision, prise à la majorité simple (3 voix sur 5) est définitive et sans recours.

Dans les deux cas l'arbitrage a lieu aussi promptement que possible et sans que les délais ordinaires de l'arbitrage soient respectés. Les frais d'arbitrage sont doublés.

FRAIS

Article 35. — Les frais de toute nature sont fixés par le Président de la Chambre arbitrale.

Article 36. — Sauf autre décision des Commissions d'arbitrage, tous les frais sont à la charge de la partie qui succombe.

Article 37. — Le demandeur au premier degré, ou l'appelant au second degré, est garant de tous les frais d'arbitrage quels qu'ils soient, et il est tenu de les verser, par provision, à la Chambre arbitrale dès que celle-ci l'exige. A défaut du versement de la provision dans le délai fixé par la Chambre arbitrale, la demande d'arbitrage du premier ou du deuxième degré est tenue pour retirée.

Les frais ordinaires de l'arbitrage du deuxième degré sont doubles de ceux appliqués au premier degré.

Si le demandeur ou l'appelant se désiste avant toute convocation de la Commission d'arbitrage, la provision est remboursée déduction faite, cependant, des frais déjà supportés par la Chambre. La provision est entièrement acquise à la Chambre arbitrale si l'affaire a fait l'objet d'une citation.

AFFAIRES RENVOYÉES PAR UN TRIBUNAL DEVANT LA CHAMBRE ARBITRALE DE PARIS

Article 38. — Toute affaire litigieuse renvoyée pour avis ou conciliation devant la Chambre arbitrale par un Tribunal, est instruite par une Commission de trois membres nommés par le Président. En cas de non-conciliation, un rapport sur l'affaire est rédigé par le Président de la Commission, signé par lui au nom de la Chambre arbitrale et déposé au Tribunal.

EXPERTISES

Article 39. — A la demande des parties, il est procédé aux expertises ou analyses, soit par les Services de la Chambre arbitrale, soit par un ou trois membres de Commission d'arbitrage, suivant le nombre indiqué sur la demande. Les frais sont fixés par le Président de la Chambre arbitrale.

Paris, le 25 mai 1960

Le Comité
de la Chambre Arbitrale de Paris

MODELE DE CLAUSE COMPROMISSOIRE

Toute contestation survenant à l'occasion du présent marché, sera soumise à l'arbitrage de la CHAMBRE ARBITRALE DE PARIS, qui la résoudra en dernier ressort et conformément à ses règlements que les parties déclarent connaître et accepter.

ANNEXE II

REGLEMENT DE CONCILIATION ET D'ARBITRAGE DE LA CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE

SECTION A

CONCILIATION FACULTATIVE

Article 1^{er}. — COMMISSION ADMINISTRATIVE DE CONCILIATION — COMITES DE CONCILIATION.

1. — Tout différend d'ordre commercial ayant un caractère international peut faire l'objet d'une tentative de règlement amiable par les soins de la Commission Administrative de Conciliation existant auprès de la Chambre de Commerce Internationale.

Les membres de la Commission sont désignés à raison d'un à trois par chaque Comité National parmi ses ressortissants résidant à Paris; ils sont nommés pour deux ans par le Président de la Chambre de Commerce Internationale.

2. — Pour chaque différend, un Comité de Conciliation de trois membres est institué par le Président de la Chambre de Commerce Internationale.

Le Comité se compose de deux conciliateurs, autant que possible de la nationalité du requérant et de l'autre partie et d'un Président d'une nationalité différente de celle des parties en cause, pris en principe au sein de la Commission Administrative de Conciliation.

Article 2 — DEMANDE DE CONCILIATION.

La partie qui désire recourir à la conciliation adresse sa demande au Secrétaire Général de la Chambre de Commerce Internationale, par l'intermédiaire de son Comité National ou directement; dans ce dernier cas, le Secrétariat Général en informe le Comité National intéressé.

La demande doit comporter un exposé du point de vue du requérant et être accompagnée des pièces du différend et de tous documents utiles, ainsi que de la somme prévue dans le barème annexé, à titre de provision pour les frais du Secrétariat Général dans la procédure de conciliation.

Article 3. — ACTION DU COMITE DE CONCILIATION.

1. — Au reçu de la demande de conciliation et des documents produits à l'appui, ainsi que de la provision, le Secrétaire Général de la Chambre de Commerce Internationale se met par correspondance en rapport avec l'autre partie, directement ou par l'entremise du Comité National intéressé, et lui demande, si elle accepte de tenter une conciliation, de soumettre au Comité de Conciliation son point de vue sur le litige en le faisant accompagner de tous les documents qui s'y rapportent, ainsi que de la somme prévue dans le barème annexé, à titre de provision pour les frais du Secrétariat Général dans la procédure de conciliation.

2. — Le Comité étudie le dossier, recueille tous renseignements, communique avec les parties, directement ou par l'entremise de leurs Comités Nationaux respectifs, et les entend si possible.

3. — Les parties comparaissent soit en personne, soit par représentants dûment accrédités. Elles peuvent être assistées de conseils.

Article 4. — FORMULE DE CONCILIATION.

1. — Après examen du dossier, étude de la question et audition des parties, si elle a été possible, le Comité propose aux parties une formule de conciliation.

2. — Si la conciliation a lieu, le Comité dresse et signe un procès-verbal constatant les accords des parties.

3. — Au cas où la comparaison des parties n'a pas été possible, le Comité communique la formule de conciliation aux Présidents des Comités Nationaux intéressés, et les invite à user de leur influence auprès des parties pour les persuader d'accepter les propositions du Comité.

Article 5. — DROITS DES PARTIES LORSQUE LA TENTATIVE DE CONCILIATION ECHOUE.

1. — Si la tentative de conciliation échoue, les parties ont toute liberté, soit de recourir à l'arbitrage, soit de s'adresser aux tribunaux compétents à moins qu'elles ne soient liées par une clause d'arbitrage.

2. — Rien de ce qui aura été fait, dit ou écrit en vue d'une conciliation, ne peut compromettre en aucune manière les droits ultérieurs des parties, que ce soit en arbitrage ou devant les tribunaux.

Nul ayant siégé à un Comité de Conciliation pour le règlement d'un différend ne pourra être nommé arbitre pour le même différend.

SECTION B

ARBITRAGE

I. — COUR D'ARBITRAGE ET ARBITRES.

Article 6. — COUR D'ARBITRAGE.

1. — Il existe auprès de la Chambre de Commerce Internationale un organisme international d'arbitrage dont les membres sont nommés par le Conseil de la Chambre de Commerce Internationale et qui, sous le nom de Cour d'Arbitrage, a pour mission de procurer, de la façon indiquée ci-après, la solution arbitrale des différends d'ordre commercial ayant un caractère international.

2. — La Cour se réunit en principe chaque mois.

Lorsque dans l'intervalle entre deux sessions de la Cour, une décision urgente s'impose, il appartient au Président de la Cour de statuer au nom de celle-ci sous réserve de l'en informer à sa prochaine session.

3. — Un Secrétariat de la Cour est établi dans les bureaux de la Chambre de Commerce Internationale.

Article 7. — CHOIX DES ARBITRES.

1. — La Cour d'Arbitrage ne tranche pas elle-même les différends. Sauf stipulation contraire, elle nomme ou confirme les arbitres conformément aux dispositions ci-après :

2. — Lorsque les parties sont convenues que le différend sera tranché par un arbitre unique, elles peuvent le désigner d'un commun accord pour confirmation

par la Cour. Faute d'entente entre les parties dans un délai de 30 jours à partir de la notification de la demande d'arbitrage à l'autre partie, l'arbitre sera nommé par la Cour.

Lorsque trois arbitres ont été prévus, chacune des parties — dans la demande d'arbitrage et dans la réponse à celle-ci — désigne un arbitre pour confirmation par la Cour qui nomme le troisième. Si l'une des parties s'abstient de désigner son arbitre, la Cour le nomme d'office. Le troisième arbitre assume la présidence du tribunal arbitral.

Si les parties n'ont pas fixé d'un commun accord quel serait le nombre des arbitres, la Cour nomme un arbitre unique, à moins que l'une d'elles ne demande que le litige soit soumis à trois arbitres et que le différend ne paraisse à la Cour assez important pour justifier la désignation de trois arbitres. Dans ce dernier cas, les règles de l'alinéa précédent s'appliquent ; les parties disposeront d'un délai de quinze jours pour procéder à la désignation de leurs arbitres.

3. — Lorsqu'il incombe à la Cour de nommer un ou plusieurs arbitres, elle choisit le ou les Comités Nationaux auxquels elle demande une proposition. L'arbitre unique ou le troisième arbitre doit être pris dans un pays autre que ceux auxquels ressortissent les parties.

4. — En cas de récusation d'un arbitre par une partie, la Cour statue sans recours, les motifs étant laissés à sa seule appréciation.

5. — Lorsqu'un arbitre est décédé ou se trouve empêché pour une cause quelconque de remplir ses fonctions, ou résigne ses fonctions, ou ne les remplit pas, la partie qui a désigné cet arbitre, ou la Cour, si elle l'a nommé elle-même, désigne en son lieu et place un autre arbitre. Si la partie ne désigne pas son arbitre dans le délai imparti par le Secrétariat, la Cour le nomme d'office.

II. — INTRODUCTION DE L'ARBITRAGE.

Article 8. — DEMANDE D'ARBITRAGE.

1. — Toute partie désirant avoir recours à l'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale adresse sa demande au Secrétariat de la Cour, par l'entremise de son Comité National ou directement ; dans ce dernier cas, le Secrétariat informe le Comité National intéressé de la demande.

2. — La demande contient notamment :

a) Noms, prénoms, qualités, adresses des parties.
b) Exposé des prétentions du demandeur.
c) Conventions intervenues et notamment la preuve de la convention arbitrale, correspondance échangée entre les parties (en original ou en copie certifiée conforme par le demandeur), et tous autres documents ou renseignements de nature à établir clairement les circonstances de l'affaire.

d) Toutes indications utiles concernant le nombre des arbitres et leur choix conformément aux dispositions de l'article 7 ci-dessus.

3. — Le Secrétariat transmet copie de la demande et des pièces annexes à la partie défenderesse pour réponse.

Article 9. — REPONSE A LA DEMANDE.

1. — La partie défenderesse doit se prononcer dans un délai de 30 jours au plus à dater du reçu de cette notification sur les propositions qui auraient été formulées concernant le nombre des arbitres et leur choix. Elle doit, en même temps et dans les mêmes délais, exposer ses moyens de défense, ses propositions éventuelles et fournir toutes pièces ainsi que tous renseignements de nature à appuyer sa défense.

2. — Copie de la réponse et des pièces annexes, s'il y en a, est notifiée à la partie demanderessse pour information.

Article 10. — DEMANDE RECONVENTIONNELLE.

1. — Lorsque la partie défenderesse formule une demande reconventionnelle,

elle doit le faire dans le délai imparti pour la réponse à la demande principale. L'autre partie peut, dans le délai de 30 jours à partir de la notification de cette demande reconventionnelle, présenter une note en réponse.

2. — Copie de cette note et des pièces annexes, s'il y en a, est notifiée à l'autre partie pour information.

Article 11. — NOTES ECRITES.

1. — Toutes notes écrites présentées par les parties ainsi que toutes pièces annexes doivent être fournies au Secrétariat en triple exemplaire.

2. — En cas de pluralité d'arbitres ou de parties opposées, des copies supplémentaires, dont le nombre sera fixé par le Secrétariat, devront être adressées à ce dernier.

Article 12. — ABSENCE DE CLAUSE D'ARBITRAGE.

Lorsqu'il n'existe entre les parties aucune clause d'arbitrage, ou lorsqu'il existe une clause ne visant pas la Chambre de Commerce Internationale, si la partie défenderesse ne répond pas dans le délai de 30 jours visé à l'article 9, 1° ci-dessus, ou décline l'arbitrage par les soins de la Chambre de Commerce Internationale, la partie demanderesse est informée que cet arbitrage ne peut avoir lieu.

Article 13 (1) — EFFET DE LA CONVENTION ARBITRALE.

1. — Lorsque les parties conviennent d'avoir recours à l'arbitrage par les soins de la Chambre de Commerce Internationale, elles se soumettent par là même au présent Règlement.

2. — Si l'une d'entre elles refuse ou s'abstient de se soumettre à l'arbitrage, celui-ci aura lieu, nonobstant ce refus ou cette abstention.

3. — Lorsqu'une des parties soulève un ou plusieurs moyens d'exception relatifs à l'existence ou à la validité de la clause d'arbitrage, la Cour, ayant constaté l'existence matérielle de cette clause, peut décider, sans préjuger la recevabilité ou le bien-fondé de ces moyens, que l'arbitrage aura lieu. Dans ce cas, il appartiendra à l'arbitre seul de prendre toute décision sur sa propre compétence.

4. — Sauf stipulation contraire, la prétendue nullité ou inexistence du contrat n'entraîne pas l'incompétence de l'arbitre ; s'il retient la validité de la clause d'arbitrage, il reste compétent, même en cas d'inexistence ou de nullité du contrat, pour déterminer les droits respectifs des parties et statuer sur leurs demandes et conclusions.

5. — Les parties peuvent, en cas d'urgence, avant et pendant la procédure devant l'arbitre, demander à toute autorité judiciaire compétente des mesures provisoires ou conservatoires, sans pour cela contrevenir à la convention arbitrale qui les lie. Pareille demande, ainsi que les mesures prises par l'autorité judiciaire, devront être portées sans délai à la connaissance de la Cour d'Arbitrage, ou, le cas échéant, de l'arbitre.

Article 14. — REMISE DU DOSSIER A L'ARBITRE.

1. — Le Secrétariat est tenu de saisir l'arbitre dès réception de la réponse du défendeur à la demande d'arbitrage, et, le cas échéant, de la réponse du demandeur à la demande reconventionnelle, au plus tard à l'expiration des délais fixés aux articles 9 et 10 ci-dessus pour la présentation des notes y visées.

2. — Toutefois, le Secrétariat peut exiger avant la remise du dossier à l'arbitre le paiement à la Chambre de Commerce Internationale par les parties, ou l'une d'entre elles, de la somme qu'il jugera nécessaire en garantie du règlement des frais de l'arbitrage conformément au barème annexé.

(1) Dans les articles suivants, par l'expression « l'arbitre », il faut entendre « le ou les arbitres ».

Article 15. — NOTIFICATIONS OU COMMUNICATIONS DU SECRETARIAT.

Toutes les notifications ou communications du Secrétariat sont valablement faites si elles sont remises contre reçu ou expédiées par lettre recommandée à l'adresse indiquée ou, si celle-ci n'est pas indiquée, aux Chambres de Commerce ou autres organes dont le destinataire relève. Toutefois, dans les pays où des dispositions légales exigent pour les notifications en matière d'arbitrage des formalités particulières, ces formalités sont observées.

La notification ou la communication est considérée accomplie quand elle est reçue ou aurait dû, si valablement faite, être reçue soit par la partie elle-même, soit par son représentant.

*III. — PROCEDURE DEVANT L'ARBITRE.**Article 16. — REGLES APPLICABLES A LA PROCEDURE.*

Les règles applicables à la procédure devant l'arbitre sont celles qui résultent du présent Règlement, et, dans le silence du Règlement, ces règles sont celles de la loi de procédure choisie par les parties ou, à défaut de ce choix, les règles de procédure du pays où se déroule la procédure devant l'arbitre.

Article 17. — NOTIFICATIONS OU COMMUNICATIONS DE L'ARBITRE.

Les dispositions de l'article 15 ci-dessus sur les notifications ou communications du Secrétariat s'appliquent également aux notifications ou communications de l'arbitre.

Article 18. — PAYS OU A LIEU LA PROCEDURE DEVANT L'ARBITRE.

L'arbitre siège au lieu fixé par la Cour d'arbitrage, à moins que les parties ne soient convenues d'avance du lieu de l'arbitrage.

Article 19. — MISSION DE L'ARBITRE.

1. — Avant de commencer l'instruction de la cause, l'arbitre établit, sur pièces ou en présence des parties, un acte précisant sa mission. Il contiendra notamment les mentions suivantes :

- a) Noms, prénoms, qualités des parties ;
- b) Adresses des parties où pourront valablement être faites toutes notifications ou communications au cours de l'arbitrage ;
- c) Exposé sommaire des prétentions des parties ;
- d) Objets de l'arbitrage, énoncé des circonstances de la cause, détermination des points litigieux à résoudre ;
- e) Nom, prénoms, qualités, adresse de l'arbitre ;
- f) Lieu de la procédure devant l'arbitre ;
- g) Toutes autres mentions qui seraient requises pour que la sentence soit susceptible de sanction légale, ou jugées utiles par la Cour d'Arbitrage ou l'arbitre.

2. — L'acte visé au paragraphe 1 ci-dessus doit être signé par les parties et par l'arbitre qui en soumet le texte à l'agrément de la Cour d'Arbitrage.

Si l'une des parties refuse de participer à l'établissement dudit acte ou de la signer alors qu'elle est liée par une clause visant l'arbitrage par les soins de la Chambre de Commerce Internationale, la sentence sera rendue nonobstant, après expiration d'un délai imparti par la Cour à l'arbitre pour obtenir cette signature.

3. — L'arbitre ne reçoit de la Cour les pouvoirs d'« amiable compositeur » que si les parties sont d'accord pour lui donner ces pouvoirs, et à la condition que la sentence demeure susceptible de sanction légale.

Article 20. — INSTRUCTION DE LA CAUSE PAR L'ARBITRE.

L'arbitre procède, dans les plus brefs délais, à l'instruction de la cause par tous moyens appropriés. Il peut recueillir des témoignages. Il peut nommer un

ou plusieurs experts techniquement ou juridiquement compétents, en définissant par avance leur mission, et leur demander des rapports sur les points litigieux.

Article 21.

1. — L'arbitre peut statuer sur pièces à moins que l'une des parties ne désire être entendue.

2. — Sur la demande d'une des parties, ou au besoin de son propre chef, l'arbitre, en observant un délai convenable, cite les parties à comparaître devant lui au jour et au lieu fixés et en informe le Secrétariat de la Cour.

3. — Si l'une des parties ou les parties, quoique régulièrement convoquées, ne se présentent pas, l'arbitre, après s'être assuré que la convocation est parvenue aux parties, et que c'est sans excuses valables que les parties ne se sont pas présentées, a pouvoir de procéder néanmoins à l'accomplissement de sa mission, en examinant et en jugeant l'affaire comme si le débat était contradictoire.

4. — Les audiences ne sont pas publiques.

5. — Les parties comparaissent soit en personne, soit par représentants dûment accrédités. Elles peuvent aussi être assistées de conseils.

6. — Lorsque devant l'arbitre les parties formulent des demandes nouvelles ou des demandes reconventionnelles nouvelles, elles sont tenues de le faire par écrit. A moins que la partie contre laquelle une demande nouvelle a été formulée n'y consente, l'arbitre n'a le pouvoir d'en connaître que si cette demande reste dans les limites fixées à sa mission par l'acte visé à l'article 19.

IV. — SENTENCE ARBITRALE.

Article 22. — SENTENCE D'ACCORD PARTIES.

Si devant l'arbitre, les parties se mettent d'accord, le fait est constaté par une sentence arbitrale rendue d'accord parties.

Article 23. — DELAI DANS LEQUEL LA SENTENCE ARBITRALE DOIT ETRE RENDUE.

1. — Le délai dans lequel l'arbitre doit rendre sa sentence est fixé à 60 jours ; ce délai commence à courir du jour de la signature par l'arbitre de l'acte visé à l'article 19.

2. — La Cour peut prolonger ce délai si elle l'estime nécessaire.

Article 24. — DECISIONS PAR TROIS ARBITRES.

Lorsque trois arbitres ont été désignés, la sentence est rendue à la majorité. A défaut de majorité, le président du tribunal arbitral statuera seul.

Article 25. — DECISION SUR LES FRAIS DE L'ARBITRAGE.

1. — La sentence de l'arbitre, outre la décision sur le fond, liquide les frais de l'arbitrage et décide à laquelle des parties le paiement en incombe ou dans quelle proportion ils sont partagés entre elles.

2. — Les honoraires de l'arbitre et les frais administratifs fixés par la Cour d'Arbitrage conformément au barème annexé au présent Règlement, les honoraires des experts en cas d'expertise et les frais de déplacements éventuels de l'arbitre sont compris dans les frais de l'arbitrage.

Article 26. — EXAMEN PREALABLE DE LA SENTENCE PAR LA COUR D'ARBITRAGE.

Avant de signer la sentence, l'arbitre doit la soumettre à la Cour d'Arbitrage. Celle-ci peut prescrire des modifications de forme et appeler, le cas échéant,

l'attention de l'arbitre même sur des points intéressant le fond du litige, mais en respectant absolument sa liberté de décision. Aucune sentence ne peut être rendue sans avoir été approuvée en la forme par la Cour.

Article 27. — PRONONCE DE LA SENTENCE.

La sentence arbitrale est réputée rendue au lieu de l'arbitrage et au jour de sa signature par l'arbitre.

Article 28. — NOTIFICATION DE LA SENTENCE AUX PARTIES.

1. — La sentence rendue, le Secrétariat de la Cour en notifie le texte signé de l'arbitre aux parties, après toutefois que les frais d'arbitrage ont été intégralement réglés à la Chambre de Commerce Internationale par les parties ou l'une d'entre elles.

2. — Des copies supplémentaires dûment certifiées conformes par le Secrétaire Général de la Cour sont à tout moment délivrées aux parties qui en font la demande, mais ne le sont à personne d'autre.

Article 29. — CARACTERE DEFINITIF ET EXECUTOIRE DE LA SENTENCE.

1. — La sentence arbitrale est définitive .

2. — Par la soumission de leur différend à l'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale, les parties s'engagent à exécuter sans délai la sentence à intervenir et renoncent à toutes voies de recours auxquelles elles peuvent renoncer.

Article 30. — DEPOT DE LA SENTENCE.

1. — Toute sentence rendue conformément au présent Règlement est déposée en original au Secrétariat de la Cour.

2. — L'arbitre et le Secrétariat de la Cour prêtent tout leur concours aux parties pour le dépôt légal de la sentence.

Article 31. — REGLE GENERALE.

Dans tous les cas non visés expressément ci-dessus, la Cour d'Arbitrage et l'arbitre procèdent en s'inspirant de ce Règlement et en faisant tous leurs efforts pour que la sentence soit susceptible de sanction légale.

STATUTS DE LA COUR D'ARBITRAGE

Article 1^{er}. — NOMINATION DES MEMBRES DE LA COUR D'ARBITRAGE.

Les membres de la Cour d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale sont nommés pour deux ans par le Conseil de cette Chambre, en vertu de l'Article III, 3 i des Statuts de la Chambre de Commerce Internationale, sur la proposition de chaque Comité National.

Article 2. — COMPOSITION DE LA COUR D'ARBITRAGE.

La Cour d'Arbitrage se compose d'un Président, de cinq Vice-Présidents, d'un Secrétaire Général et d'un ou de plusieurs Conseillers Techniques choisis par le Conseil de la C.C.I., soit parmi les membres de la Cour, soit en dehors d'eux, et de membres désignés à raison d'un par Comité National.

La présidence peut être assurée par deux Co-Président ; dans ce cas, ceux-ci auront des droits égaux, et l'expression « le Président », dans le Règlement de Conciliation et d'Arbitrage, s'appliquera à l'un comme à l'autre.

Lorsqu'un membre de la Cour ne réside pas au siège du Secrétariat Général de la Chambre de Commerce Internationale, le Conseil peut nommer un suppléant.

Dans le cas où le Président est empêché d'assister à une session de la Cour, il est remplacé par un des Vice-Présidents.

Article 3. — MISSION — POUVOIR DE LA COUR.

La Cour d'Arbitrage a pour mission d'assurer l'application du Règlement de Conciliation et d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale et a, à cet effet, tous les pouvoirs nécessaires. Elle est chargée, en outre, de saisir éventuellement la Commission de l'Arbitrage Commercial International de toutes modifications qu'elle estime nécessaire d'apporter au Règlement de Conciliation et d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale.

Article 4. — DELIBERATION DE LA COUR D'ARBITRAGE — QUORUM.

Les décisions de la Cour sont prises à la majorité des voix, celle du Président étant prépondérante en cas de partage.

La Cour délibère valablement lorsque six membres au moins sont présents.

Le Secrétaire Général de la Chambre de Commerce Internationale, le Secrétaire Général de la Cour et le ou les Conseillers Techniques siègent avec voix consultative seulement.

TABLE BIBLIOGRAPHIQUE

I. — OUVRAGES GENERAUX — TRAITES — MANUELS ET COURS.

- ARMINJON : *Précis de droit international privé commercial*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1952.
- AUBRY et RAU : *Droit civil français*, 5^e éd. par Bartin, 6^e éd. par Bartin et Esmein, 7^e éd. par Esmein, Paris, 1936-1961, suppl. 1963.
- BALLADORE-PALLIERI : *L'arbitrage privé dans les rapports internationaux*, Rec. cours de l'Académie du droit international, t. 51, 1935, p. 286.
- BARTIN : « *Principes de droit international privé*, t. 1, Paris, Domat-Montchrestien, 1920.
- BATIFFOL : *Traité élémentaire de droit international privé*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1959.
Aspects philosophiques du droit international privé, Paris, Dalloz, 1956.
Les conflits de lois en matière de contrat, Paris, Sirey, 1938.
La philosophie du droit, Paris, P.U.F., 1960.
- BEAUMANOIR : *Coutumes de Clermont en Beauvoisis*, éd. Beugnot, Paris, Renouard, 1842.
- BERTIN : *Ordonnances sur requête et référé*, 2^e éd., Paris, Durand et Pedone-Lauriel, 1878.
- BOULOUIS : *Le régime des entreprises nationalisées*, Juriscl. adm., fasc., 159.
- BRULLIARD : *Procédure civile*, Paris, P.U.F., 1954.
- BRUN et GALLAND : *Droit du travail*, Sirey, 1958, mise à jour 1962.
- CARABIBER : *L'arbitrage international de droit privé*, Paris, L.G.D.J., 1960.
L'arbitrage international et les centres internationaux d'arbitrage, juriscl. dr. int., fasc. 585 B.
L'évolution de l'arbitrage commercial international, Rec. cours de l'Académie de droit international, t. 99, 1960, I, p. 119.
- CARBONNIER : *Droit civil*, t. II, 3^e éd., Paris, P.U.F., 1962.
- CARRE DE MALBERG : *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Sirey, 1920-1922.
- CHARLES : *La justice en France*, Paris, P.U.F., 1953.
- CHAUVEAU : *Formulaire général et complet de procédure civile et commerciale*, Paris, 1872.
- CORNU et FOYER : *Procédure civile*, Paris, P.U.F., 1958, suppl. 1960.
- CUCHE et VINCENT : *Procédure civile et commerciale*, 13^e éd., Paris, Dalloz, 1963.
- DAVID : *Traité élémentaire de droit civil comparé. Introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*, Paris, L.G.D.J., 1950.
- DELPECH : *Rep. proc. civ.*, v. *Ministère public*.
- DROUILLAT et LEBOULANGER : *L'ordre public*, juriscl. dr. int., fasc. 534.
- DUHAMEL : *La justice discutée*, Sirey, 1955.
- ESCARRA : *Cours de droit commercial*, Sirey, 1952, mise à jour, 1954.
- ESCARRA et RAULT : *Traité théorique et pratique de droit commercial*, Sirey, 1950-1951.
- FOELIX : *Traité de droit international privé*, 4^e éd. par Demangeat, Paris, 1866.
- FRANDESCAKIS : *Rép. proc. civ.*, v^o *Jugement étranger*.
- GARONNET et CÉZAR-BRU : *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, 3^e éd., Paris, Sirey, 1912-1925, suppl. 1931, 1933, 1938.
- GIVERDON : *Rep. proc. civ.*, v^o *Compétence*.

- GLASSON, TISSIER et MOREL : *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, 3^e éd., Paris, Sirey, 1925-1936.
- GRECH : *Les Chambres arbitrales et l'Arbitrage commercial*, Paris, L.G.D.J., 1952 ; *Précis de l'arbitrage commercial*, Paris, L.G.D.J., 1964.
- GUILLIEN : *Cours de droit administratif spécial*, Lyon, 1958, inédit.
- HAMEL et LAGARDE : *Traité de droit commercial*, Dalloz, 1954.
- HAMONIC : *L'arbitrage en droit commercial, guide juridique et pratique*, Paris, L.G.D.J., 1950.
- JEZE : *Principes généraux du droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 1934.
- JOUSSE : *Traité de la justice criminelle en France*, Paris, Debure, 1771.
- JULIAN : *L'indispensable accélération de la justice civile*, Paris, Sirey, 1958.
- JULLIOT DE LA MORANDIÈRE : *Droit commercial*, Dalloz, 1958-1959.
- KLEIN : *Considérations sur l'arbitrage en droit international privé*, Bâle, Helbing und Lichtenhahn, 1955.
- LABORDE-LACOSTE : *Exposé méthodique de procédure civile*, 3^e éd., Paris, Sirey, 1951.
- LE BALLE : *Cours de droit civil approfondi*, Les cours de droit, 1945-1946.
- LEREBOURS-PIGEONNIÈRE par LOUSSOUARN : *Droit international privé*, 8^e éd., Dalloz, 1962.
- LYON-CAEN et LAVIGNE : *Traité théorique et pratique de droit du cinéma*. T. 1, L.G.D.J., 1957.
- MAURÿ : *L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public international et la fraude à la loi*, Universidad de Valladolid, 1952.
- MARTY et RAYNAUD : *Droit civil*, t. I, Sirey, 1956, mise à jour 1961.
- MAZEAUD (Henry, Léon et Jean) : *Leçons de droit civil*, t. I, 3^e éd., 1953 ; t. II, 1956, Paris, Montchrestien.
- MOREL : *Traité élémentaire de procédure civile*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1949.
Rep. dr. civ., v^o *Compromis — clause compromissoire*.
- MOTULSKY : *Cours de droit civil approfondi*, Rabat, 1960, inédit.
- NIBOYET : *Traité de droit international privé français*, t. VI (2), Sirey, 1950.
- PARISOT et JAUFFRET : *Manuel de procédure civile et voies d'exécution*, Paris, L.G.D.J., 1951.
- PILLET : *Principes de droit international privé*, Paris, Pedone, 1903.
- PILLET et NIBOYET : *Manuel de droit international privé*, Paris, Sirey, 1924, suppl. 1928.
Le régime démocratique et le droit civil moderne, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1948.
Aspects juridiques du capitalisme moderne, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1950.
Le déclin du droit, Paris, L.G.D.J., 1949.
Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux, Rec. cours de l'Académie de droit international, 1933, t. 2., p. 569.
- RIPERT et BOULANGER : *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, 6^e éd., L.G.D.J., 1956-1959, mise à jour 1^{er} vol. 1961.
- RIPERT et ROBLOT : *Traité élémentaire de droit commercial*, t. 1, 5^e éd., Paris, L.G.D.J., 1963.
- ROBERT : *Arbitrage civil et commercial*, Sirey, 1961.
Rep. proc. civ., v^o *Compromis*.
- ROUBIER : *Le droit de la propriété industrielle*, t. 1, Sirey, 1952.
Droits subjectifs et situations juridiques, Paris, Dalloz, 1963.
- SAUSER-HALL : *L'arbitrage en droit international privé*, Annuaire de l'Institut de droit international, 44^e vol., 1952, p. 469.
- SAVATIER : *Droit des affaires*, Paris, Sirey, 1962.
- SOLUS : *Cours de droit judiciaire privé*, Paris, Les cours de droit, 1962.
- SOLUS et PERROT : *Droit judiciaire privé*, t. 1, Paris, Sirey, 1961.
- THALLER et PERCEROU : *Traité élémentaire de droit commercial*, 7^e éd. par Thaller, 1925, Paris, Arthur Rousseau.
- TRAVAUX DU CONGRÈS INTERNATIONAL DE L'ARBITRAGE : Rev. arb. 1961, n^o 2, (Sirey).
- TRAVAUX PRÉPARATOIRES DE LA COMMISSION DE RÉFORME DU CODE CIVIL : *Projet portant révision du Code de procédure civile*, Sirey, 1954.

VINCENT : Rep. proc. civ., v° *Action*, v° *Exécution provisoire*.

WEISS : *Traité théorique et pratique de droit international privé*, Paris, Larose, 1892-1905.

II. — THESES.

BERR : *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*, Paris, Sirey, 1961.

FARJAT : *L'ordre public économique*, Paris, L.G.D.J., 1963.

FOUCHARD : *L'arbitrage commercial international*, Dijon, 1963.

GUILLIEN : *L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée*, Bordeaux, Imprimerie de l'Université, 1931.

KAHN : *La vente commerciale internationale*, Paris, Sirey, 1961.

MALAURIE : *Les contrats contraires à l'ordre public*, Reims, Imprimerie Matot-Braisse, 1951.

MAYENFISCH : *La clause attributive de juridiction et la clause arbitrale dans les contrats de vente à caractère international*, Lausanne, Imprimerie George Conne, 1957.

ROBERT : *La clause compromissoire et l'organisation de l'arbitrage*, Paris, Sirey, 1929.

ROLAND : *Chose jugée et tierce opposition*, Lyon, L.G.D.J., 1958.

ROTHE : *La clause compromissoire et l'arbitrage depuis la loi de 1925*, Paris, Domat-Montchrestien, 1934.

SALONE : *Les chambres arbitrales françaises dans la pratique commerciale*, Aix, Office universitaire de polycopie, 1952.

STILLMUNKES : *L'arbitrage en droit administratif*, Paris, dactylographiée, 1960.

VERDOT : *La notion d'acte d'administration en droit privé français*, Aix, L.G.D.J., 1963.

WEILL : *Des sentences arbitrales en droit international privé*, Paris, Sirey, 1906.

III. — ARTICLES.

ANCEL : *L'arbitrage commercial international*, Annales économiques, 1^{re} série 1948, p. 28 et 89.

Aspects juridiques du commerce avec les pays d'économie planifiée, Paris, L.G.D.J., 1961.

AUBY : *L'arbitrage en matière administrative*, Act. jur., 1955, J., p. 81.

BARBRY : *L'arbitrage dans les sociétés de famille*, Rev. arb. 1959, p. 110.

BASTIAN : *La clause compromissoire*, Gaz. Trib. 1925, p. 498.

BATIFFOL : *Le contrat de vente en matière internationale*, Annales économiques, 1948, 1^{re} série, p. 16.

Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats, Mélanges Maury, t. I, p. 39, Dalloz et Sirey, 1960.

Préface à *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Lagarde, Thèse, Paris, L.G.D.J., 1959.

BENJAMIN : *Aperçu des institutions arbitrales de l'Europe de l'Est qui exercent une activité dans le domaine de l'arbitrage commercial international*, Rev. arb. 1957, p. 114.

BERMAN : *Aspects juridiques du commerce avec les pays d'économie planifiée*, Rapport final, Paris, L.G.D.J., 1961, p. 11.

BORELL : *La clause compromissoire et les collectivités publiques*, Rev. prat. dr. adm., 1958, p. 91.

BOULBES : *La violation de l'ordre public, moyen de nullité du compromis d'arbitrage et de la sentence arbitrale*, J.C.P. 1962, I, 1676.
Sentence arbitrale, autorité de la chose jugée et ordonnance d'exequatur, J.C.P. 1961, I, 1660.

L'exequatur des sentences arbitrales — Suggestions pour une réforme, J.C.P. 1964, I, 1822.

- BOUVET ET CABANAC : *La clause compromissoire en matière de société*, Act. jur. 1954, p. 117.
Portée de la clause compromissoire insérée dans le règlement de copropriété, Act. jur., 1960, p. 73.
- BRACKERS D'HUGO : *Les illusions de l'arbitrage*, Lois nouvelles, 1956, p. 726.
- BREDIN : *Remarques sur les voies de recours contre les sentences arbitrales étrangères*, Rev. arb. 1958, p. 135.
La Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, Clunet 1960, p. 1002.
La paralysie des sentences arbitrales étrangères par l'abus des voies de recours, Clunet 1962, p. 638.
- BRUNS ET MOTULSKY : *Tendances et perspectives de l'arbitrage international*, Rev. int. dr. comp., 1957, p. 717.
- CARABIBER : *A propos de l'exequatur des sentences arbitrales étrangères*, Rev. arb. 1956, p. 10.
L'arbitrage international et la réserve de l'ordre public, Rev. arb., 1956, p. 118.
L'évolution de la jurisprudence en matière d'exécution des jugements étrangers et des sentences arbitrales étrangères et internationales, Rev. arb., 1961, p. 168.
Le développement de l'arbitrage sous les auspices des grands centres d'arbitrage, Rev. dr. soc., 1956, p. 457.
L'exécution des sentences arbitrales internationales, Rev. arb., 1963, p. 78, 1964, p. 3.
- CESARI : *Du dépôt et de l'enregistrement des sentences arbitrales*, G.P. 1954, 2, D., p. 2.
- CÉZAR-BRU : *Commentaire de la loi du 31 déc. 1925*, Lois nouvelles 1926, I, p. 181.
- DALSACE : *Les pouvoirs du conseil d'administration en matière d'arbitrage*, Rev. arb. 1959, p. 38.
- DAVID : *Arbitrage et droit comparé*, Rev., int. dr. comp. 1959, p. 5.
Le concept d'arbitrage privé et les Conventions internationales, Etudes juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière, D. 1964, p. 147.
- DESIRY : *La fixation du nouveau loyer sous le voile de l'arbitrage*, Rev. loyers, fév. 1960, p. 76.
Une nouvelle floraison de « surfaces corrigées », J.C.P., 1960, I, 1582.
- DURAND : *Le règlement par voie de transaction et d'arbitrage des différends de droit privé intéressant les établissements publics de caractère industriel ou commercial*, Rev. dr. soc. 1949, p. 325.
- FORSSIUS : *L'indépendance de la clause compromissoire en droit suédois*, Rev. arb. 1955, 2, p. 16.
- FRAGISTAS : *Arbitrage étranger et arbitrage international en droit privé*, Rev. crit. dr. int. pr., 1960, p. 1.
- FRANSCAKIS : *Droit naturel et droit international privé*, Mélanges Maury. T. I, Dalloz et Sirez, 1960, p. 113.
Des sentences arbitrales non motivées d'après l'arrêt Elmassian de la Chambre civile, Rev. crit. dr. int. pr. 1960, p. 297.
- GIVERDON : *Commentaire du décret du 2 août 1960*, D. 1961, L., p. 113.
- GOLDMAN : *Le droit des sociétés internationales*, Clunet, 1963, p. 320.
- CONFREVILLE : *La réforme de la procédure arbitrale en France*, Rev. arb. 1963, p. 3.
- HAMEL : *La clause compromissoire dans les rapports de commerce international*, Rev. crit. dr. int. priv. 1923, p. 721.
La clause compromissoire dans les contrats commerciaux, D.H. 1926, p. 13.
- HAMONIC : *A propos de la clause compromissoire*, G.P. 1951, 1, D., p. 54.
- HEBRAUD : *Le recours à l'arbitrage*, L'informateur du chef d'entreprise, 1952, p. 359.
L'arbitrage en droit français, Annales de la faculté de droit de Toulouse, 1954, p. 24.
L'acte juridictionnel et la classification des contentieux, Rec. Acad. législ. Toulouse 1947, p. 440.
Justice 1959, D. 59, chr., p. 77.
Commentaire de la loi du 23 mai 1942 ; D.C. 1942, L., p. 61.

- HOUIN : *La gestion des entreprises publiques et les méthodes de droit commercial*. Archives de philosophie du droit 1952, p. 79.
- JAROSLAV ZOUREK (D. R.) : *Quelques observations sur les difficultés rencontrées lors du règlement judiciaire des différends nés du commerce entre les pays à structures économiques et sociales différentes*, Clunet, 1959, p. 638.
- JOSSERAND : *Sur la reconstitution d'un droit de classe*, D. H. 1937, chr., p. 1.
- JULLIOT DE LA MORANDIÈRE : *L'ordre public en droit privé interne*, Etudes Capitant, Paris, Sirey, 1939, p. 381 et ss.
- KLEIN : *La Convention européenne sur l'arbitrage commercial international*, Rev. crit. dr. int. pr. 1962, p. 621.
Du caractère autonome et procédural de la clause compromissoire. Dissociation de la nullité de cette clause, de celle du contrat principal, Rev. arb. 1961, p. 48 ; Rev. crit. dr. int. pr. 1961, p. 499.
Autonomie de la volonté et arbitrage, Rev. crit. dr. int. priv. 1958, p. 255.
A propos de l'exécution des sentences arbitrales étrangères, G.P. 1956, 1, D., p. 41.
- KOPELMANAS : *Quelques problèmes récents de l'arbitrage commercial international*, Rev. tr. dr. com. 1957, p. 879.
- LAMPUÉ : *La notion d'acte juridictionnel*, Rev. dr. pub. 1946, p. 5.
- LANDRE : *A propos du droit de compromettre des établissements publics*, G.P. 1958, 1, D, p. 21.
- LE BALLE : *Réflexions sur l'organisation juridictionnelle de la communauté professionnelle*, Rev. dr. soc., 1946, p. 103.
- LEREBOURS-PIGEONNIÈRE : *A propos du contrat international*, Clunet 1951, p. 4.
- LINDON : *Les modifications du Code de procédure civile en matière de conflits de compétence*, J.C.P. 1959, I, 1468.
La réforme de la procédure en matière de conflits de compétence, J.C.P. 1960, I, 1574.
- LOUIS DREYFUS : *La clause compromissoire*, Rev. pol. et parl. 1925, p. 370.
- LOUIS LUCAS : *Remarques sur l'ordre public*, Rev. crit. dr. int. pr. 1933, p. 393.
Jurisprudence française et jurisprudence belge touchant le divorce des époux de nationalités différentes, Clunet 1957, p. 262.
La liberté contractuelle en droit international privé français, Mélanges Dabin, T. II, Sirey 1963, p. 743.
- LOUSSOUARN : *Droit international privé*, Le droit français, T. II, L.G.D.J., 1960, p. 437.
De l'exequatur des sentences arbitrales étrangères non motivées, D. 1957, chr., p. 191.
- MARTIN DE LA MOUTTE : *La réforme des juridictions civiles du 22 décembre 1958*, Mélanges Maury, T. I., Dalloz-Sirey, 1960, p. 243.
- MAURY : *Observations sur les « Aspects philosophiques du droit international privé »*, Rev. crit. dr. int. pr., 1957, p. 229.
L'ordre public en droit international privé français et en droit international privé allemand ; convergences et divergences, Rev. crit. dr. int. pr. 1954, p. 7.
- MAZEAUD et VEDEL : *Electricité de France et Gaz de France ont-ils la capacité de compromettre ?*, Cahiers de documentation juridique d'E.D.F.-G.D.F., 1950, p. 224.
- MERLE et MADRAY : *La réforme de la procédure civile par le décret du 22 décembre 1958*, J.C.P. 1959, I, 1475.
- MESTRE : *Arbitrage et nationalisation*, Génie civil, 1949, p. 348.
- MIMIN : *La justice et l'opinion*, Rev. pol. et parl. 1957, p. 527.
- MEZGER : *Orientation de la jurisprudence allemande en matière d'arbitrage*, Rev. arb., 1957, p. 8.
L'arbitrage commercial et l'ordre public, Rev. tr. dr. com. 1948, p. 611.
La jurisprudence française relative aux sentences arbitrales étrangères et la doctrine de l'autonomie de la volonté en matière d'arbitrage international de droit privé, Mélanges Maury, T. I, 1960, p. 273.
Moyens de défense et voies de recours contre une sentence étrangère, Nouv. rev. dr. int. pr. 1948, p. 71.

- MOREL : *La clause compromissoire en matière commerciale*, Rev. crit. lég. et jurisp. 1926, p. 486.
- MOTULSKY : *Menace sur l'arbitrage : la prétendue incompétence des arbitres en cas de contestation sur l'existence ou la validité d'une clause compromissoire*, J.C.P. 1954, I, 1194.
Le respect de la clause compromissoire, Rev. arb. 1955, p. 13.
La nature juridique de « l'arbitrage » prévu pour la fixation des prix de vente ou de loyer, Rec. gén. lois et jurisp. 1955, p. 109.
Question préalable et question préjudicielle en matière de compétence arbitrale, J.C.P. 1957, I, 1383.
Arbitrage, expertise, transaction, Conférence sous l'égide du C.N.P.F., 13 mars 1957.
La capacité de compromettre des Etablissements publics à caractère commercial, Rev. arb. 1958, p. 38.
L'évolution récente en matière d'arbitrage international, Rev. arb. 1959, p. 3.
Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect de la défense en procédure civile, Mélanges Roubier, T. II, Dalloz-Sirey, 1961, p. 175.
L'internationalisation du droit français de l'arbitrage, Rev. arb. 1963, p. 110.
- NERSON : *Le développement des juridictions civiles d'exception et ses dangers*, D. 1947, chr. p. 121.
- PAISANT ET MOTULSKY : *L'arbitrage et les conflits du travail*, Rev. arb. 1956, p. 78.
- PHILONENKO : *La notion de l'ordre public international*, Clunet, 1952, p. 730.
- PILON : *Variabilité de l'ordre public*, Rev. tr. dr. civ. 1903, p. 668.
- PISAR : *Le traitement de l'arbitrage communiste du commerce extérieur devant les Cours occidentales*, Aspects juridiques du commerce avec les pays d'économie planifiée, 1961, p. 170.
- PLAISANT ET LOYGUE : *La Chambre arbitrale de Paris*, Rev. arb., 1955, 2, p. 7.
- POCHON : *Le nouveau régime des exceptions d'incompétence*, D. 1959, chr., p. 233.
La théorie de la compétence et la réforme judiciaire, D. 1960, chr. p. 145.
- PRODOMIDES : *L'arbitrage en matière maritime*, Rev. arb. 1955, 2, p. 11.
- RAMZAITSSEV : *La jurisprudence en matière de droit international privé de la Commission arbitrale soviétique pour le commerce extérieur*, Rev. crit. dr. int. pr. 1958, p. 459.
- RIPERT : *Ebauche d'un droit civil professionnel*, Etudes Capitait, Sirey, 1939, p. 476.
L'ordre économique et la liberté contractuelle, Etudes Gény, T. II, Sirey 1934, p. 347.
- ROBERT : *De l'exercice de l'action en nullité selon l'art. 1028 du Code de procédure civile à l'encontre d'une sentence arbitrale dépourvue d'exequatur*, Rev. tr. dr. com., 1953, p. 597.
La réforme de la procédure d'arbitrage, Rev. arb., 1955, p. 8.
Le recours en France contre la sentence étrangère, Rev. arb. 1957, p. 122.
La Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, D. 1958, p. 223.
L'arbitrage dans les marchés de l'Etat, Rev. arb., 1960, p. 35.
La Convention européenne sur l'arbitrage commercial international signée à Genève le 21 avril 1961, D. 1961 ; chr., p. 173.
- ROLLAND (M.) : *Le Ministère public en droit français*, J.C.P., 1956, I, 1281.
- RYZIGER : *Existe-t-il un lien entre l'exequatur et l'appel des sentences arbitrales ?* Rev. arb., 1961, p. 210.
- SANDERS : *Arbitrage international commercial*, (rapporteur), Union internationale des avocats, T. I, Dalloz et Sirey, 1960.
- SARRAUTE : *Droit international privé* 1957, G.P., 1957, p. 64.
- SAUVAGEOT : *L'éternel printemps des juridictions d'exception*, Pouvoir judiciaire, Août-Septembre 1962.
- SINAY (Mme) : *La compétence exclusive*, J.C.P. 1958, I, 1451.
Rapport sur les problèmes de l'unification de l'arbitrage, Etudes de droit local, Annales de la Faculté de droit et des sciences politiques et économiques de Strasbourg, Dalloz, 1959, p. 17.

- SOLUS** : *La jurisprudence contemporaine et le droit du Ministère public, d'agir en justice au service de l'ordre public*, Etudes Capitant, Sirey, 1939, p. 769.
Compétence d'attribution et compétence territoriale, J.C.P. 1947, I, p. 643.
Considérations sur la compétence des juridictions, D. 1949, chr. p. 153.
Le statut hérétique des tribunaux paritaires des baux ruraux, D. 1950, chr., p. 153.
Commentaire de la loi du 23 mai 1942, Lois nouvelles, 1942, 1, p. 143.
Les réformes de procédure civile. Etapes franchies et vues d'avenir, Etudes Ripert, L.G.D.J., 1950, T. I, p. 193.
- VAN REEPINGHEN** : *L'arbitrage dans les différends commerciaux entre organisations de pays à économie planifiée et contractants de pays à économie libre. Aspects juridiques du commerce avec les pays d'économie planifiée*, L.G.D.J., 1961, p. 223.
- VEDEL** : *Le problème de l'arbitrage entre gouvernements ou personnes de droit public et personnes de droit privé*, Rev. arb. 1961, p. 116.
- VINCENT** : *La procédure civile et l'ordre public*, Mélanges Roubier, T. II, Dalloz et Sirey, 1961, p. 303.
- VLAHOFF (Ivan St)** : *Le tribunal d'arbitrage d'Etat dans la république populaire de Bulgarie*, Rev. int. dr. comp. 1959, p. 733.
- WAHL** : *La clause compromissoire en matière commerciale*, J.C.P., 1927, I, p. 4.
- WALINE** : *Du caractère des actes juridictionnels*, Rev. dr. pub. 1933, n° 565.
- WEIL-LORAC** : *De la pratique de l'arbitrage dans l'industrie cinématographique*, Rev. arb. 1958, p. 15.
- WEISS** : *De l'exécution des sentences arbitrales étrangères en France*, Rev. Lapradelle 1906, p. 41.
- ZURFLUH** : *L'arbitrage en matière de copropriété*, Rev. arb. 1962, p. 127.

IV. — NOTES ; CONCLUSIONS ; OBSERVATIONS.

- ANONYMES** : Note sous Com. 28 janv. 1958, Rev. arb. 1958, p. 17.
 Note sous Lyon 12 mai 1958, Rev. arb. 1958, p. 96.
 Note sous Com. 11 janv. 1960, Rev. arb. 1960, p. 44.
 Note sous Paris 10 fév. 1960, Rev. arb. 1960, p. 102.
 Note sous Paris 27 mars 1962, Rev. arb. 1962, p. 45.
 Note sous Civ. 7 mai 1963, Rev. arb. 1963, p. 60.
- AUBERT** : Note sous Trib. cant. Vaud, 12 fév. 1957 et Trib. féd. suisse, 18 sept. 1957, Rev. crit. dr. int. pr. 1958, p. 358.
- AUTESSERRE** : Note sous Trib. civ. Marseille, 18 oct. 1957, Rev. Soc. 1958, p. 313.
- BARBERY** : Note sous Civ. 4 juin 1946, S. 1947, 1, p. 153.
- BASTIAN** : Note sous Civ. 4 juin 1946, J.C.P. 1947, II, 3578.
 Note sous Com. 30 mars 1949, J.C.P. 1951, II, 6180.
- BATIFFOL** : Note sous Civ. 21 juin 1950, Rev. crit. dr. int. pr. 1950, p. 609.
 Note sous Paris 21 octobre 1955, Rev. crit. dr. int. pr. 1955, p. 769.
 Note sous Sentence Président Cassin, 10 juin 1955, Rev. crit. dr. int. pr. 1956, p. 278.
 Note sous Civ. 28 mars 1960, Rev. crit. dr. int. pr. 1960, p. 202.
- BEQUÉ** : Note sous Com. 19 juin 1951, J.C.P. 1951, II, 6426.
- BELLET** : Note sous Paris 23 déc. 1960, Rev. crit. dr. int. pr. 1962, p. 339.
- B. G.** : Note sous Paris 10 av. 1957, Clunet 1958, p. 1002.
 Note sous Trib. gr. inst. Seine (référé) 20 fév. 1961, Clunet 1961, p. 1128.
- BOITARD** : Obs. à la Rev. tr. dr. com. 1949 à 1964 (chronique : « Tribunaux de commerce et arbitrage »).
 Note sous Paris 7 déc. 1954 et 24 janv. 1955, J.C.P. 1955, II, 8527. *
- BOYER** : Obs. Rec. gén. lois et jurisp. 1961, p. 177, 1962, p. 318.
- BOULBES** : Note sous Paris 19 mai 1961, J.C.P. 1961, II, 12 329.

- BOUVIER : Note sous Lyon 2 janv. 1901, D.P. 1903, 2, p. 137.
- BREDIN : Note sous Paris 19 déc. 1957, D. 1958, p. 230.
 Note sous Aix 25 fév. 1958, Clunet 1959, p. 1132.
 Note sous Caen 22 oct. 1959, Clunet 1961, p. 142.
 Note sous Paris 20 oct. 1959, Clunet 1960, p. 456.
 Note sous Civ. 7 mai 1963 et Paris 30 mai 1963, Clunet 1964, p. 82.
- BRETHER DE LA GRESSAYE : Note sous Bordeaux, 7 av. 1932, S. 1933, 2, p. 17.
- CABANAC : Obs. Act. jur. 1958, p. 409 ; 841 ; 1960, p. 74 ; 1962, p. 44.
- CARABIBER : Obs. Rev. arb. 1961, p. 140.
- CAVARROC : Note sous Com. 10 nov. 1947, J.C.P. 1947, II, 3968.
- CREMIEU : Note sous Req. 9 juil. 1928, D.P. 1928, 1, p. 173.
 Note sous Civ. 31 mai 1932, D.P. 1933, 1, p. 169.
- D. B. : Note sous Douai 12 juil. 1951, Paris 28 mai 1952, Cass. 17 juil. 1951, J.C.P. 1952, II, 7150. Note sous Amiens 25 mars 1954, J.C.P. 1954, II, 8372.
- DE JUGLART : Note sous Civ. 16 mai 1962, J.C.P. 1963, II, 13 070.
- DE LAUBADÈRE : Obs. Rev. tr. dr. com. 1958, p. 335.
- DERRIDA : Note sous Paris 20 juin 1957, J.C.P. 1958, II, 10 346.
- DESANGLES : Concl. sous Paris 22 janv. 1957, J.C.P. 1957, II, 10 165.
 Concl. sous Paris 9 janv. 1962, J.C.P. 1962, II, 12 478.
- DESIRY : Note sous Soc. 30 déc. 1954, D. 1955, p. 321.
- DEVILLENEUVE : Note sous Req. 12 fév. 1850, S. 1851, I, p. 97.
- ESCARRA : Note sous Civ. 6 janv. 1913, D. 1920, p. 53.
- ESMEIN : Note sous Civ. 7 mai 1927, S. 1927, I, p. 289.
 Note sous Civ. 20 janv. 1953, J.C.P. 1953, II, 7677.
 Note sous Paris 19 déc. 1961, D. 1962, p. 476.
- FR. G. : Note sous Cass. 25 mai 1959, D. 1959, J., p. 557.
- FRANDESCAKIS : Note sous Paris 15 déc. 1948, Rev. crit. dr. int. pr. 1949, p. 113.
 Note sous Trib. civ. Corbeil, 5 mars 1952, Rev. crit. dr. int. pr. 1952, p. 519.
 Note sous Paris 21 oct. 1955, D. 1956, J., p. 61.
- GARAUD : Note sous Com. 11 janv. 1960, J.C.P. 1960, II, 11 764.
- GAZIER : Concl. sous C.E. 13 déc. 1957, Rev. dr. soc. 1958, p. 90.
- GIGNOUX : Note sous Paris 11 juin 1947, J.C.P. 1947, II, 3840.
- GIVERDON : Note sous Paris 12 juin 1962, D. 1963, J., p. 24.
- G.J.V. : Note sous Paris 29 nov. 1951, J.C.P. 1953, II, 7394.
 Note sous Paris 18 nov. 1952, J.C.P. 1953, II, 7470
- G.L.S. : Note sous Bordeaux 20 déc. 1960, D. 1961, p. 225.
- GOLDMAN : Note sous Paris 10 avr. 1957, Clunet 1958, p. 1002.
 Note sous Orléans 15 mai 1961, Clunet 1962, p. 140.
 Note sous Civ. 7 mai 1963, J.C.P. 1963, II, 13 405.
- GORÉ : Note sous Paris 20 juin 1957, D. 1958, J., p. 374.
- G. M. : Note sous Douai 15 juil. 1952, J.C.P. 1953, II, 7391.
- HAMEL : Note sous Civ. 21 juin 1950, D. 1951, J., p. 749.
- H.B. : Note sous Trib. civ. Seine 15 mars 1956, Rev. crit. dr. int. pr. 1957, p. 97.
 Note sous Trib. civ. Seine 7 juin 1956, Rev. crit. dr. int. priv. 1956, p. 687.
- HÉBRAUD : Obs. Rev. tr. dr. civ. 1949 à 1964. (Chronique de procédure civile).
 Note sous Paris 27 nov. 1946, J.C.P. 1947, II, 3535.
 Note sous Paris 15 déc. 1954, J.C.P., II, 8675.
- HELLO : Concl. sous Cass. 10 juil. 1843 ; Sirey 1843, p. 561.
- HOLLEAUX : Note sous Civ. 11 juill. 1961, D. 1961, p. 577.
- J. A. : Note sous Grenoble, 7 mars 1961, J.C.P. 1961, Ed. Av., IV, 3872.
- JAPIOT : Obs. Rev. tr. dr. civ. 1936, p. 233.
- JAUFFRET : Obs. Rev. tr. dr. com. 1948, p. 516. 1957, p. 91.
- J. H. A. : Note sous Orléans 15 mai 1961, J.C.P. 1961, II, 12 356.
- J. L. : Note sous Civ. 5 nov. 1936, J.C.P. 1937, II, p. 12.
 Note sous Req. 13 déc. 1938, J.C.P. 1939, II, 1022.
 Note sous Cass. 27 fév. 1939, J.C.P. 1940, I, p. 121.
- J. M. : Note sous Trib. civ. Seine 4 avr. 1951, J.C.P. 1953, II, 7408.

- J. R. : Note sous Paris 22 janv. 1957, D. 1957, J., p. 566.
 Note sous Nancy 29 janv. 1958, Clunet 1959, p. 130.
- KLEIN : Note sous Trib. civ. Nancy 14 nov. 1955, G.P. 1956, I, p. 4.
- LAINÉ : Consultation, Clunet 1899, p. 641.
- LAVAU : Note sous Paris 22 déc. 1948, J.C.P. 1949, II, 4729.
- LEVEL : Note sous Paris, 21 mars 1962, J.C.P. 1963, II, 13 173.
 Note sous Paris, 27 mars 1962, J.C.P. 1963, II, 13 036.
 Note sous Paris, 30 mars 1962, J.C.P. 1962, II, 12 843.
 Note sous Com., 4 juin 1962, J.C.P. 1962, II, 12 863.
 Note sous Aix, 16 oct. 1962, J.C.P. 1962, II, 12 923.
 Note sous Paris, 12 fév. 1963, J.C.P. 1963, II, 13 281.
 Note sous Civ., 25 janv. 1963, J.C.P. 1964, II, 13 472.
- LÉVY : Note sous Civ., 21 juin 1950, J.C.P. 1950, II, 5812.
- L'HUILLIER : Note sous C.E., 13 déc. 1957, D. 1958, p. 517.
- LOUSSOUARN : Obs. Rev. arb., 1958, p. 114.
 Obs. Rev. tr. dr. com., 1956, p. 364 ; 1957, p. 506, p. 775 ; 1960, p. 957 ; 1961, p. 218 (chronique : *Droit international du commerce*).
 Note sous Paris, 10 avril 1957, Rev. crit. dr. int. pr., 1958, p. 120.
- LYON-CAEN : Note sous Civ., 5 déc. 1910, S. 1911, 1, p. 129.
 Note sous Civ., 21 nov. 1911, S. 1912, 1, p. 73.
 Note sous Req., 7 juin 1920, S. 1920, 1, p. 193.
- MADRAY : Note sous Cass., 4 déc. 1953, J.C.P. 1954, éd. Av., IV, 2 250.
- MESTRE : Note sous Civ., 23 janv. 1924, S. 1925, 1, p. 257.
 Note sous Civ., 14 janv. 1934, S. 1934, 1, p. 297.
- MEZGER : Note sous Paris, 22 janv. 1954 et Douai, 8 juil. 1954, Rev. crit. dr. int. pr. 1955, p. 165.
 Note sous Trib. civ. Toulouse, 21 mars 1955, Rev. crit. dr. int. pr. 1956, p. 112.
 Note sous Paris, 5 juil. 1955, Rev. crit. dr. int. pr. 1956, p. 79.
 Note sous Trib. civ. Nancy, 14 nov. 1955, Rev. crit. dr. int. pr. 1956, p. 120.
 Note sous Toulouse, 19 janv. 1957, Rev. crit. dr. int. pr. 1957, p. 701.
 Note sous Cour féd. allemande, 3 oct. 1956, Rev. crit. dr. int. pr. 1957, p. 693.
 Note sous Com., 14 oct. 1957, Rev. crit. dr. int. pr. 1957, p. 684.
 Note sous Trib. civ. Monaco, 17 juin 1957, Rev. crit. dr. int. pr. 1958, p. 139.
 Note sous Trib. civ. de Hambourg, 12 nov. 1957, Rev. crit. dr. int. pr. 1958, p. 106.
 Note sous Nancy, 29 janv. 1958, Rev. crit. dr. int. pr. 1958, p. 149.
 Note sous Trib. féd. suisse 12 fév. 1958, Rev. crit. dr. int. pr. 1959, p. 324.
 Note sous Cass. belge, 6 janv. 1958, Rev. crit. dr. int. pr. 1959, p. 121.
 Note sous Trib. civ. Meaux, 2 avril 1958, Rev. crit. dr. int. pr. 1959, p. 148.
 Note sous Caen, 22 oct. 1959, Rev. crit. dr. int. pr. 1960, p. 597.
 Note sous Cass., 3 nov. 1960, Rev. crit. dr. int. pr. 1961, p. 564.
 Note sous Orléans, 15 mai 1961, Rev. crit. dr. int. pr. 1961, p. 779.
 Note sous Toulouse, 15 mai 1961, Rev. crit. dr. int. pr. 1961, p. 803.
 Note sous Trib. gr. inst. Seine, 23 janv. 1961, Trib. gr. inst. Seine, 20 fév. 1961 (référé). Paris, 27 mars 1962, Rev. crit. int. dr. pr. 1962, p. 525.
 Note sous Com., 17 oct. 1961, Rev. crit. dr. int. pr. 1962, p. 129.
 Note sous Com., 19 juin 1963, Rev. crit. dr. int. pr. 1963, p. 128.
 Note sous Paris, 21 février 1964, Rev. crit. dr. int. pr. 1964, p. 543.
- MOTULSKY : Note sous Com., 22 fév. 1949, J.C.P. 1949, II, 4899.
 Note sous Paris, 22 janv. 1954, J.C.P. 1955, II, 8566.
 Note sous Paris, 9 fév. 1954, J.C.P. 1955, II, 8483.
 Note sous Com., 11 oct. 1954, J.C.P. 1955, II, 8665.
 Note sous Paris, 21 oct. 1955, J.C.P. 1956, II, 9047.
 Note sous Trib. civ. Seine, 17 mai 1955, J.C.P. 1956, II, 9080.
 Note sous Paris, 24 nov. 1955, J.C.P. 1956, II, 9079.
 Note sous Paris, 9 déc. 1955, Rev. crit. dr. int. pr. 1956, p. 523.
 Note sous Trib. civ. Seine, 7 juin 1956, J.C.P. 1956, II, 9460.
 Note sous Paris, 15 juin 1956, J.C.P. 1956, II, 9419.

- Note sous Paris, 29 juin 1956, J.C.P. 1956, II, 9524.
 Note sous Trib. civ. Seine, 17 oct. 1956, J.C.P. 1956, II, 9647.
 Note sous Paris, 22 janv. 1957, J.C.P. 1957, II, 10 165.
 Note sous Paris, 10 avr. 1957, J.C.P. 1957, II, 10 078.
 Note sous Paris, 17 déc. 1957, J.C.P. 1957, II, 10 778.
 Note sous Paris, 8 juil. 1957, J.C.P. 1958, II, 10 448.
 Note sous Civ., 20 juin 1957, J.C.P. 1958, II, 10 773.
 Note sous C.E., 13 déc. 1957, J.C.P. 1958, II, 10 800.
 Note sous Soc., 7 fév. 1958, J.C.P. 1958, II, 10 777.
 Note sous Civ., 14 juin 1960, J.C.P. 1961, II, 12 273.
 Note sous Civ., 3 nov. 1960, Rev. crit. dr. int. pr. 1961, p. 564.
 Note sous Paris, 5 janv. 1961, J.C.P. 1961, II, 12 204.
 Note sous Civ., 11 juil. 1961, Rev. crit. dr. int. pr. 1961, p. 815.
 Note sous Civ., 7 mai 1963, Rev. crit. dr. int. pr. 1963, p. 615.
 Note sous Paris, 30 mai 1963, J.C.P. 1963, II, 13 338.
- NEPVEU : Concl. sous Paris, 5 déc. 1963, J.C.P. 1964, II, 13 481.
- NERSON : Note sous Com., 19 juin 1951, S. 1952, 1, p. 89.
- NIBOYET : Note sous Req., 9 juil. 1928, S. 1930, 1, p. 17.
 Note sous Civ., 19 fév. 1930, S. 1933, 1, p. 41.
 Note sous Civ., 27 janv. 1931, S. 1933, 1, p. 41.
 Note sous Paris, 25 mars 1937, S. 1939, 2, p. 25.
 Note sous Paris, 24 avr. 1940, S. 1942, 2, p. 29.
 Note sous Req., 17 nov. 1943, S. 1946, 1, p. 17.
 Note sous Civ., 21 juin 1950, S. 1951, 1, p. 1.
- P. B. : Note sous Civ., 4 juin 1946, Journal Soc. 1946, p. 374.
- PHILONENKO : Note sous Cass. belge, 24 févr. 1938, D.P. 1938, 2, p. 57.
- PH. F. : Note sous Cass., 10 nov. 1959, Rev. crit. dr. int. pr. 1960, p. 218.
- PIC : Note sous Req., 4 juil. 1899, D. 1904, I, p. 225.
 Note sous Aix, 4 juil. 1934, D.P. 1937, 2, p. 9.
- P. L. : Note sous Paris, 28 fév. 1962, J.C.P. 1962, II, 12 944.
 Note sous Trib. civ., Seine, 14 mars 1963, J.C.P. 1963, II, 13 396.
 Note sous Paris, 30 avril 1964, J.C.P. 1964, II 13 794.
 Note sous Paris, 29 mai 1964, J.C.P. 1964, II, 13 907.
 Note sous Com., 2 déc. 1964, J.C.P. 1965, II, 14 041.
- PLANQUEEL : Note sous Civ., 8 oct. 1959, S. 1960, 1, p. 331.
 Note sous Civ., 14 avril 1964, S. 1964, p. 93.
- POCHON : Note sous Civ., 3 mai 1957, D. 1958, p. 167.
- PONSARD : Note sous Paris, 10 nov. 1959, Clunet 1960, p. 792.
- PREVAULT : Note sous Bordeaux, 20 déc. 1960, S. 1961, 2, p. 216.
- RAULT : Obs. Rev. tr. dr. com. 1958, p. 565.
- RAYNAUD : Obs. Rev. tr. dr. civ. 1953, p. 598-578.
 Obs. Rev. tr. dr. civ. 1954, p. 167-314.
 Obs. Rev. tr. dr. civ. 1955, p. 379.
 Obs. Rev. tr. dr. civ. 1957, p. 587.
- R. B. : Note sous Paris, 20 oct. 1961, J.C.P. 1962, II, 12 372.
 Note sous Paris, 24 nov. 1961, J.C.P. 1961, II, 12 412.
 Note sous Paris, 31 janv. 1963, J.C.P. 1963, II, 13 083.
- R. D. : Note sous Paris, 16 oct. 1959, J.C.P. 1959, II, 11 296.
- RIPERT : Note sous Com., 19 juin 1951, D. 1951, J., p. 717.
- R. L. : Note sous Com., 23 oct. 1959, J.C.P. 1959, II, 11 319 bis.
- ROBERT : Note sous Bordeaux, 7 avr. 1932, S. 1933, 2, p. 81.
 Note sous Paris, 18 juin 1948, S. 1949, 2, p. 17.
 Note sous Com., 29 nov. 1950, S. 1951, 1, p. 120.
 Note sous Douai, 12 juil. 1951, S. 1952, 2, p. 133.
 Note sous Com., 6 oct. 1953, S. 1954, 1, p. 149.
 Note sous Paris, 22 janv. 1954, D.S. 1955, p. 335.

- Note sous Paris, 15 déc. 1954, D. 1955, J., p. 208.
 Note sous Paris, 9 déc. 1955, D. 1956, J., p. 217.
 Note sous Trib. confl., 19 mai 1958, D. 1958, J., p. 699.
 Note sous Paris, 14 mai 1959, D. 1959, J., p. 437.
 Note sous Com., 22 déc. 1959, D. 1960, J., p. 685.
 Note sous Civ., 7 mai 1963, D. 1963, J., p. 545.
 Note sous Civ., 14 avril 1964, D. 1964, J., p. 637.
- ROUBIER : Note sous Paris, 10 juil. 1928, S. 1930, 2, p. 65.
- SAVATIER : Note sous Angers, 27 mars 1953, D. 1954, J., p. 407.
- SIALELLI : Obs. Clunet 1956, p. 168 ; 1961, p. 1080 ; 1963, p. 468.
- SIMON-DEPITRE (Mme) : Obs. Rec. gén. lois et jurisp. 1960, p. 393.
- SOLUS : Obs. Annales économiques, 1^{re} série 1948, p. 16.
 Note sous Req., 12 avr. 1938, S. 1939, 1, p. 257.
 Note sous Paris, 11 juin 1947, S. 1949, 2, p. 57.
- VIZIOZ : Obs. Rev. tr. dr. civ. 1943, p. 58 et 279.
 Obs. tr. dr. civ. 1945, p. 135 et 209.
 Obs. Rev. tr. dr. civ. 1947, p. 454, 831.
- WIGNY : Note sous Cass. belge, 24 fév. 1938, Rev. crit. dr. int. pr. 1938, p. 661.
- Y. L. : Note sous Douai, 18 oct. 1951, Rev. crit. dr. int. pr. 1953, p. 422.

PRINCIPALES DECISIONS COMMENTEES

<i>Date de la décision.</i>	<i>Numéros du texte</i>
Civ. 5 déc. 1910	: 108, 132, 136, 137.
Civ. 8 janv. 1913	: 20, 84, 319, 325.
Req. 8 déc. 1914	: 7, 20, 84, 112, 133, 140, 145, 363, 369, 415, 476.
Req. 8 nov. 1922	: 420, 421.
Req. 8 janv. 1924	: 133, 363, 369.
Req. 9 juil. 1928	: 112, 128, 415, 472, 476, 520.
Civ. 19 fév. 1930	: 84, 133, 140, 145, 389.
Civ. 27 janv. 1931	: 84, 133, 140, 145.
Bordeaux 7 avril 1932	: 208, 394, 397.
Civ. 31 mai 1932	: 84, 93, 108, 132, 137.
Req. 4 juin 1934	: 88, 133, 363, 389.
Trib. civ. Seine 27 fév. 1936	: 445, 456, 472, 473, 489.
Paris 30 oct. 1936	: 439, 494, 497.
Paris 12 janv. 1937	: 439, 455, 485, 486, 489.
Req. 27 juil. 1937	: 7, 105, 110, 112, 414, 415, 436, 456, 458, 465.
Req. 27 fév. 1939	: 250, 252, 398.
Civ. 22 janv. 1946	: 250, 252, 276, 303, 398.
Paris 27 nov. 1946	: 439, 442, 561.
Paris 11 juin 1947	: 361, 362, 364, 370, 380.
Soc. 23 oct. 1947	: 276.
Com. 10 nov. 1947	: 37, 247, 295, 325, 423, 425, 430, 557.
Trib. civ. Seine 16 juil. 1948	: 445, 494.
Com. 22 fév. 1949	: 310, 326, 335, 336, 349, 399.
Com. 30 mars 1949	: 295, 392.
Com. 3 mai 1950	: 516, 517.
Com. 29 nov. 1950	: 36, 38, 65, 66, 67, 71, 346, 544.
Paris 13 déc. 1950	: 250, 275, 283, 284.
Com. 23 janv. 1951	: 251, 276.
Aix 1 ^{er} mars 1951	: 297, 439, 494, 498, 500, 505.
Lyon 30 avril 1951	: 327, 337, 343.
Com. 17 juil. 1951	: 333, 334.
Com. 25 mars 1952	: 287, 288, 304.
Paris 28 mai 1952	: 40, 42, 332, 392, 398, 400.
Soc. 30 juil. 1952	: 350, 472.
Paris 18 nov. 1952	: 428, 430, 431, 446, 531, 533, 534,
Com. 18 fév. 1953	: 251, 303, 365.
Soc. 9 juin 1953	: 81.
Paris 27 juil. 1953	: 212, 275, 428.
Com. 6 oct. 1953	: 319, 327, 330, 338, 350.
Paris 19 oct. 1953	: 423, 428.
Paris 7 janv. 1954	: 250, 275.
Paris 19 janv. 1954	: 250, 275, 284.
Paris 22 janv. 1954	: 42, 55, 63, 84, 86, 112, 135, 445, 456, 458, 480, 489, 492, 566.
Paris 9 fév. 1954	: 43, 54, 86.

- Com. 17 fév. 1954 : 294, 389.
 Com. 24 mars 1954 : 287, 289.
 Paris 31 mai 1954 : 485, 486.
 Trib. Civ. Seine 18 juin 1954 : 454, 494, 523.
 1954 :
 Douai 8 juil. 1954 : 402, 405, 431, 480, 489, 492.
 Aix 7 déc. 1954 : 332, 335, 337, 343.
 Paris 15 déc. 1954 : 275, 284.
 Soc. 30 déc. 1954 : 39, 58.
 Paris 24 janv. 1955 : 505.
 Trib. civ. Toulouse
 21 mars 1955 : 44, 445, 480, 500, 555.
 Trib. civ. Seine 17 mai 1955 : 536, 537.
 Paris 7 juin 1955 : 403, 404, 405.
 Paris 5 juil. 1955 : 128, 427.
 Paris 21 oct. 1955 : 475.
 Soc. 3 nov. 1955 : 39.
 Trib. civ. Nancy 14 nov. 1955 : 463, 476.
 Paris 24 nov. 1955 : 44, 86, 442.
 Paris 9 déc. 1955 : 109, 112, 129, 135, 145, 445, 448, 449, 450, 480, 489.
 Paris 9 janv. 1956 : 403.
 Trib. civ. Seine 10 janv. 1956 : 494, 497, 499.
 Soc. 25 mai 1956 : 81.
 Trib. civ. Seine 7 juin 1956 : 81, 135, 141, 318, 319, 332, 340, 362.
 Paris 15 juin 1956 : 45, 65, 86.
 Paris 26 juin 1956 : 81, 361.
 Com. 27 juin 1956 : 41, 71, 74.
 Trib. civ. Seine 17 oct. 1956 : 439, 494.
 Paris 22 janv. 1957 : 84, 318, 319, 323, 332, 340, 352.
 Toulouse 29 janv. 1957 : 436, 445, 495.
 Paris 10 avril 1957 : 84, 85, 89, 90, 92, 93, 97, 100, 101, 102, 112, 135, 140, 165, 436, 439, 442, 445, 448, 454, 458, 485, 486.
 Paris 14 mai 1957 : 275, 285.
 Paris 20 juin 1957 : 304, 403, 405, 406, 407.
 Civ. 20 juin 1957 : 277.
 Paris 27 juin 1957 : 48, 72, 80, 127, 285.
 Paris 4 juil. 1957 : 403, 404, 406, 407, 408, 409, 442.
 Com. 17 juil. 1957 : 287, 290.
 Com. 14 oct. 1957 : 133, 327, 330, 338.
 Paris 12 déc. 1957 : 275, 432.
 Com. 28 janv. 1958 : 61, 328, 330.
 Nancy 29 janv. 1958 : 403, 410, 463, 476, 480.
 Soc. 7 fév. 1958 : 80, 301.
 Paris 20 fév. 1958 : 250, 392, 399.
 Aix 25 fév. 1958 : 437, 486, 489.
 Lyon 12 mai 1958 : 362, 364, 371, 372.
 Com. 18 juin 1958 : 328, 333.
 Paris 30 oct. 1958 : 454, 494, 497, 498, 503, 523.
 Civ. 23 déc. 1958 : 301.
 Com. 5 janv. 1959 : 277, 283, 284, 535.
 Douai 12 mars 1959 : 212, 390, 432.
 Paris 14 mai 1959 : 127, 247, 275, 285.
 Com. 25 mai 1959 : 403, 536.
 Soc. 25 juin 1959 : 423, 424.
 Amiens 20 oct. 1959 : 250, 262, 285, 299, 303, 305, 365.
 Caen 22 oct. 1959 : 415, 437, 460, 464, 528.

- Com. 4 nov. 1959 : 287, 288, 291.
 Com. 22 déc. 1959 : 454, 493, 503, 505 et s., 515, 523, 563.
 Paris 4 janv. 1960 : 415, 523.
 Com. 11 janv. 1960 : 61, 287, 290, 329, 330, 333.
 Tr. gr. inst. Lille
 22 janv. 1960 : 427, 524.
 Civ. 29 janv. 1960 : 418.
 Paris 10 fév. 1960 : 263, 272.
 Paris 12 fév. 1960 : 308.
 Paris 8 mars 1960 : 49, 50, 72, 74, 75, 332, 430, 434, 542, 543, 556.
 Paris 17 mars 1960 : 403, 503.
 Paris 24 mars 1960 : 210, 211, 212, 403, 404, 405, 406, 407, 409, 533, 534, 542.
 Civ. 14 juin 1960 : 463, 481.
 Paris 28 juin 1960 : 503.
 Civ. 3 nov. 1960 : 115, 209, 423, 428, 430, 436, 437.
 Paris 5 janv. 1961 : 61, 430, 443.
 Com. 13 fév. 1961 : 300, 432.
 Trib. gr. inst. Seine
 13 fév. 1961 : 84, 389, 436, 448, 449, 489, 565.
 Tr. gr. inst. Seine 20 fév. 1961 : (Référé) 84, 445, 448, 449, 464, 469, 488, 489, 566.
 Paris 21 fév. 1961 : 84, 89, 90, 91, 93, 97.
 Grenoble 7 mars 1961 : 257, 258.
 Orléans 15 mai 1961 : 46, 54, 68, 69, 72, 73, 411, 437, 445, 472, 486, 489, 492, 555, 566.
 Paris 19 mai 1961 : 247, 257, 258, 259, 264, 430, 493, 503, 519, 523, 556.
 Paris 3 juil. 1961 : 247, 263, 264, 266, 267 270.
 Paris 10 oct. 1961 : 210, 430, 434, 435, 503, 543, 561.
 Com. 17 oct. 1961 : 133, 387.
 Paris 20 oct. 1961 : 262, 295, 296.
 Paris 30 oct. 1961 : 48, 72, 446.
 Paris 24 nov. 1961 : 430, 431, 542.
 Paris 19 déc. 1961 : 308, 434, 561.
 Paris 9 janv. 1962 : 49, 50, 72, 74, 434.
 Tr. gr. inst. Corbeil-Essones 24 janv. 1962 : 45, 323, 332, 387.
 Paris 28 fév. 1962 : 262, 264, 306.
 Douai 9 mars 1962 : 262, 322, 332.
 Paris 21 mars 1962 : 262, 264, 308, 322.
 Paris 27 mars 1962 : 113, 135, 388, 389, 436, 445, 448, 449, 460, 462, 478, 480, 486, 489, 523 571.
 Paris 30 mars 1962 : 298 304, 388.
 Civ. 25 mai 1962 : 485, 527.
 Paris 12 juin 1962 : 263, 264, 267.
 Paris 14 juin 1962 : 51, 72, 74, 332.
 Aix 16 oct. 1962 : 431, 442, 473, 541.
 Paris 7 janv. 1963 : 430, 431.
 Civ. 25 janv. 1963 : 431.
 Paris 31 janv. 1963 : 79, 542.
 Paris 12 fév. 1963 : 28, 52, 75, 211, 389, 392, 403, 404, 406, 407, 408, 409, 534, 553,
 Paris 7 mai 1963 : 211, 389, 407, 408.
 Civ. 7 mai 1963 : 85, 135, 142, 145, 147, 150, 253, 312, 331, 352, 436, 445, 448, 489, 566, 575.
 Paris 30 mai 1963 : 79, 135, 482, 571 et s.
 Paris 5 déc. 1963 : 486, 503, 509, 510, 519.
 Civ. 14 avril 1964 : 94, 102, 103, 142.
 Com. 2 déc. 1964 : 361.



TABLE ANALYTIQUE DES MATIERES

	N ^{os}	Pages
INTRODUCTION	1	9
PREMIERE PARTIE		
<i>L'INFLUENCE CONTRACTUELLE</i>	26	26
TITRE I. — <i>L'arbitrage et l'ordre public</i>	28	31
CHAPITRE I. — <i>L'influence de l'ordre public sur le compromis en droit interne</i>	35	37
<i>Section I.</i> — L'évolution jurisprudentielle	36	38
§ 1. — La doctrine de l'arrêt Tissot	37	38
§ 2. — Les hésitations de la Cour de Paris	42	41
§ 3. — Le rebondissement du problème	46	43
<i>Section II.</i> — Rejet des solutions extrêmes	53	46
§ 1. — La théorie restrictive	54	47
§ 2. — Le problème de l'adoption de la théorie extensive en matière commerciale	55	48
§ 3. — Critique de la théorie extensive	61	50
<i>Section III.</i> — L'analyse des solutions intermédiaires	65	53
§ 1. — La première étape : l'arrêt Tissot	65	53
§ 2. — La deuxième étape : les doctrines de la Cour d'Orléans et de la Cour de Paris	72	56
<i>Section IV.</i> — L'exclusion absolue de l'arbitrage au regard de l'ordre public	76	58

	N ^{os}	Pages
CHAPITRE II. — <i>La notion d'ordre public international et l'arbitrage</i>	83	65
<i>Section I.</i> — <i>La jurisprudence et le respect de la notion de l'ordre public international</i>	84	66
<i>Section II.</i> — <i>La notion d'ordre public international et l'incapacité de l'Etat pour compromettre</i>	88	69
§ 1. — <i>La solution jurisprudentielle</i>	89	69
§ 2. — <i>Le problème de la capacité de l'Etat en droit interne</i>	95	73
§ 3. — <i>Justification de la solution jurisprudentielle sur le plan du droit international</i>	100	76
TITRE II. — <i>La sentence étrangère et le droit applicable</i>	105	81
CHAPITRE I. — <i>La détermination de la nationalité de l'arbitrage</i> ..	121	91
<i>Section I.</i> — <i>Le rattachement territorial</i>	123	92
§ 1. — <i>Le caractère accessoire du lieu où la sentence est rendue</i>	124	93
§ 2. — <i>Le moment de la désignation de la loi compétente.</i>	126	94
<i>Section II.</i> — <i>Le droit positif interne et international</i>	128	95
§ 1. — <i>Le rejet du critère territorial en droit international privé français</i>	128	96
§ 2. — <i>La part faite au critère territorial dans les Conventions internationales</i>	129	96
<i>Section III.</i> — <i>Les indices révélateurs de la volonté des parties.</i>	132	98
§ 1. — <i>Le lieu de l'arbitrage en tant qu'indice de la volonté des parties</i>	134	99
§ 2. — <i>La loi applicable au contrat principal</i>	135	100
CHAPITRE II. — <i>La portée du principe de l'autonomie de la volonté.</i>	137	103
<i>Section I.</i> — <i>L'admission d'un arbitrage international</i>	139	104
§ 1. — <i>L'existence d'intérêts de commerce international.</i>	140	105
§ 2. — <i>L'existence d'un litige international</i>	142	106

	N ^{os}	Pages
<i>Section II. — La latitude des parties dans le choix de la loi applicable</i>	143	107
§ 1. — La position jurisprudentielle	145	108
§ 2. — Les Conventions internationales	146	108
<i>Section III. — L'autonomie de la clause compromissoire</i>	147	109
§ 1. — Les raisons d'admettre l'autonomie de la clause compromissoire	148	109
§ 2. — L'indépendance de rattachement impliquée par l'autonomie de la clause compromissoire	149	110
<i>Section IV. — Les limites à l'application de la loi choisie par les parties</i>	151	111
§ 1. — Le pouvoir de compromettre	153	113
§ 2. — La loi applicable au fond du litige	157	114
<i>CHAPITRE III. — Le problème de l'autonomie absolue de la volonté en matière d'arbitrage</i>	159	117
<i>Section I. — L'autonomie absolue de la volonté et le droit positif</i>	162	119
§ 1. — Les Conventions internationales	163	120
§ 2. — La jurisprudence française	165	121
<i>Section II. — La vitalité de la tendance à l'autonomie absolue en matière d'arbitrage</i>	167	122
§ 1. — L'absence de système juridique adapté au commerce international	168	123
§ 2. — La diversité des règlements nationaux sur l'arbitrage	170	124
<i>Section III. — La légitimité de l'autonomie absolue de la volonté au regard de l'arbitrage</i>	172	126
§ 1. — L'élaboration d'un droit international	173	126
§ 2. — Le rôle de l'autonomie absolue de la volonté en matière d'arbitrage international	174	127
<i>CHAPITRE IV. — Le droit conventionnel</i>	176	129
<i>Section I. — La Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères</i>	179	131
§ 1. — La naissance de la Convention de New York	179	131
§ 2. — Les règles édictées	180	131

	N ^{os}	Pages
<i>Section II. — La Convention européenne du 21 avril 1961 sur l'arbitrage commercial international</i>	182	133
§ 1. — Les règles générales	183	133
§ 2. — L'arbitrage prévu par l'article 4 de la Convention.	185	134
 <i>L'INFLUENCE JURIDICTIONNELLE</i>		
 <i>DEUXIEME PARTIE</i>		
	187	137
<i>TITRE I. — L'organisation institutionnelle de l'arbitrage</i>	189	141
<i>CHAPITRE I. — Les institutions d'arbitrage en droit interne</i>	205	151
<i>Section I. — La Chambre arbitrale de Paris</i>	206	152
§ 1. — La conception d'arbitre unique	207	153
§ 2. — Le recours obligatoire à la notion de juridiction.	209	154
<i>Section II. — Les Chambres arbitrales de province</i>	213	156
§ 1. — La Chambre arbitrale de Lyon	213	157
§ 2. — La Chambre arbitrale de Marseille	214	157
§ 3. — Les autres Chambres arbitrales de Province	215	158
§ 4. — La situation particulière de la Chambre arbitrale de Strasbourg	216	158
<i>Section III. — Les Centres d'arbitrage professionnels</i>	217	159
§ 1. — La Chambre arbitrale maritime	218	160
§ 2. — La Cour d'arbitrage du Conseil national du cuir.	219	160
§ 3. — L'Association cinématographique professionnelle de conciliation et d'arbitrage	220	160
<i>CHAPITRE II. — Les institutions d'arbitrage en droit international.</i>	221	161
<i>Section I. — Arbitrage international et Economie libre</i>	222	161
§ 1. — La Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale	223	162
§ 2. — L'American arbitration association	226	164
§ 3. — La Cour arbitrale européenne	229	116

	N ^{os}	Pages
<i>Section II. — Arbitrage international et Economie planifiée ..</i>	232	167
§ 1. — Le fonctionnement des institutions arbitrales pour le Commerce extérieur	236	169
§ 2. — Appréciation critique	240	171
 TITRE II. — La répartition de compétence entre les tribunaux officiels et la juridiction arbitrale	245	175
 SOUS-TITRE I. — Compétence arbitrale et compétence des juridictions officielles	254	181
 CHAPITRE I. — Le mode de règlement des conflits de compétence entre la juridiction officielle et la juridiction arbitrale	255	183
<i>Section I. — Contestation de la compétence des arbitres</i>	256	184
§ 1. — L'exclusion du contredit par la jurisprudence ..	257	184
§ 2. — Justification de l'attitude jurisprudentielle	259	185
<i>Section II. — Contestation de la compétence des juridictions officielles</i>	261	186
§ 1. — Les divergences jurisprudentielles	262	187
§ 2. — Le problème de l'adaptation du contredit	266	189
 CHAPITRE II. — L'incompétence des juridictions officielles en présence d'une convention arbitrale	271	193
<i>Section I. — La nature de l'incompétence des tribunaux judiciaires</i>	272	193
§ 1. — Les divisions de la jurisprudence	275	195
§ 2. — La position de la doctrine	279	197
<i>Section II. — La renaissance de la compétence des tribunaux judiciaires</i>	286	200
§ 1. — Le référé	287	201
§ 2. — L'étendue de la convention arbitrale	293	203
§ 3. — L'extinction de la convention arbitrale	299	206
 SOUS-TITRE II. — La compétence de la juridiction arbitrale	307	211

	N ^{os}	Pages
CHAPITRE I. — <i>L'appréciation de la validité de l'investiture des arbitres</i>	312	215
<i>Section I.</i> — L'action préventive devant les tribunaux officiels.	316	217
§ 1. — La doctrine opposée à l'admission de l'action préventive	316	217
§ 2. — Les arguments en faveur de l'admission de l'action préventive	319	218
§ 3. — La faculté de renoncer à l'action préventive	323	220
<i>Section II.</i> — Le droit positif français sur le pouvoir des arbitres d'apprécier la validité de la convention arbitrale	325	221
§ 1. — La jurisprudence de la Cour de cassation	325	221
§ 2. — Analyse de la position de la Cour de cassation ..	330	224
<i>Section III.</i> — Critique de la position de la Cour de cassation.	333	226
§ 1. — Les conséquences de la solution adoptée par la Cour de cassation	333	227
§ 2. — La nature du pouvoir des arbitres	336	228
§ 3. — La distinction entre investiture et compétence ..	339	229
§ 4. — La contradiction avec les textes	343	231
§ 5. — Portée du principe que les arbitres sont juges de leur compétence	347	233
<i>Section IV.</i> — Le pouvoir des arbitres pour statuer sur leur investiture et le droit international	351	235
§ 1. — La jurisprudence française	352	235
§ 2. — Les Conventions internationales	357	238
CHAPITRE II. — <i>La clause compromissoire insérée dans un acte mixte</i>	359	239
<i>Section I.</i> — Les hésitations jurisprudentielles	361	240
<i>Section II.</i> — La doctrine favorable à la nullité relative	363	242
§ 1. — Les arguments proposés	363	242
§ 2. — L'analyse de l'interdiction de la clause compromissoire en matière civile	364	243
<i>Section III.</i> — La supériorité de la thèse de la nullité absolue.	367	245
§ 1. — Les motifs véritables de l'interdiction de la clause compromissoire	367	245

	N ^{os}	Pages
§ 2. — La faculté de renonciation	370	246
§ 3. — Les inconvénients de la thèse de la nullité relative.	374	248
<i>Section IV.</i> — La défense de la validité de la clause compro- missoire insérée dans un acte mixte	379	250
§ 1. — L'interprétation des textes	380	251
§ 2. — Le parallèle avec les clauses attributives de com- pétence	381	251
CHAPITRE III. — <i>Le concours de la juridiction étatique à l'effica- cité de la convention arbitrale</i>	385	255
<i>Section I.</i> — La preuve de la convention arbitrale	386	255
<i>Section II.</i> — La réalisation du compromis à partir de la clause compromissaire	391	259
§ 1. — Le principe de l'exécution forcée	394	260
§ 2. — Les formes de l'intervention du tribunal	399	262
<i>Section III.</i> — L'analyse jurisprudentielle des pouvoirs des mandataires sociaux	401	264
§ 1. — La jurisprudence relative aux pouvoirs des manda- taires sociaux	402	264
§ 2. — Le bien-fondé de la solution	404	266

TROISIEME PARTIE

LA RENCONTRE DES DEUX INFLUENCES 411 271

CHAPITRE I. — <i>La physionomie particulière des voies de recours en matière d'arbitrage</i>	418	277
<i>Section I.</i> — Les voies de recours extraordinaires	419	278
§ 1. — Requête civile et tierce opposition	420	278
§ 2. — Le pourvoi en cassation	423	280
<i>Section II.</i> — L'appel contre la sentence arbitrale	426	282
§ 1. — L'appel contre la sentence française	426	282
§ 2. — L'exclusion de l'appel contre la sentence étran- gère	436	288

	N ^{os}	Pages
<i>Section III. — L'opposition à ordonnance d'exequatur</i>	438	290
§ 1. — L'opposition à ordonnance d'exequatur contre la sentence française	439	290
§ 2. — L'opposition à ordonnance d'exequatur contre la sentence étrangère	445	293
 <i>CHAPITRE II. — L'ordonnance d'exequatur et le contrôle de la sentence</i>	454	299
<i>Section I. — La procédure de l'exequatur</i>	455	300
§ 1. — L'autorité compétente pour accorder l'exequatur à la sentence étrangère	456	300
§ 2. — L'inutilité d'un exequatur préalable à l'étranger ..	459	302
§ 3. — Le problème de la sentence homologuée dans son pays d'origine	463	304
<i>Section II. — Les pouvoirs du juge de l'ordonnance d'exequatur.</i>	471	309
§ 1. — Les pouvoirs du juge vis-à-vis de la sentence française	472	309
§ 2. — Les pouvoirs du juge vis-à-vis de la sentence étrangère	474	310
<i>Section III. — Les recours contre l'ordonnance d'exequatur</i> ..	484	315
§ 1. — L'appel contre l'ordonnance d'exequatur	486	317
§ 2. — La tierce opposition et le référé	488	318
<i>Section IV. — L'ordonnance d'exequatur, condition de recevabilité des recours contre la sentence</i>	493	321
§ 1. — L'ordonnance d'exequatur, préalable de l'opposition de l'article 1028 du Code de procédure civile	494	322
§ 2. — L'ordonnance d'exequatur, préalable de l'appel contre la sentence arbitrale	503	326
§ 3. — Le fondement théorique de l'exigence de l'exequatur préalable	515	332
 <i>CHAPITRE III. — L'agencement des recours contre la sentence arbitrale</i>	529	341
<i>Section I. — La coexistence de l'opposition à ordonnance d'exequatur et de l'appel contre la sentence nationale</i>	530	342

	N ^{os}	Pages
§ 1. — Domaines	531	342
§ 2. — Frontières	543	349
§ 3. — Hiérarchie	561	352

<i>Section II.</i> — La coexistence de l'opposition à ordonnance d'exequatur et de la tierce-opposition contre la sentence étrangère	564	354
---	-----	-----

§ 1. — Le caractère exclusif de l'opposition à ordonnance d'exequatur	566	355
§ 2. — Le caractère limitatif de l'opposition à ordonnance d'exequatur	571	357

<i>CONCLUSION</i>	581	363
-------------------	-----	-----

<i>ANNEXE I.</i> — Règlement de la Chambre arbitrale de Paris	367
---	-----

<i>ANNEXE II.</i> — Règlement de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale	372
---	-----

<i>Table bibliographique</i>	381
<i>Principales décisions commentées</i>	393
<i>Table analytique des matières</i>	397
<i>Table alphabétique des matières</i>	407

TABLE ALPHABETIQUE DES MATIERES (1)

(Les chiffres renvoient aux numéros)

Acte mixte : V^e Clause compromissoire.

American arbitration association : 226.

Amiable composition : 12, 15, 202.

Appel :

— de l'ordonnance d'exequatur : V^e Ordonnance d'exequatur.

— de l'ordonnance rendue sur tierce-opposition : V^e Ordonnance d'exequatur.

— de la sentence : V^e Sentence.

Arbitrage :

— distinction avec expertise : 10.

— avec prorogation de juridiction : 127, 151, 154, 285.

— avec recours à un tiers pour fixation des prix : 10.

— avec transaction : 10.

— forcé : 8, 15, 17.

— institutionnel : 21, 133, 134, 171, 187, 189 et ss.

— nationalité : 121 et ss.

— nature : V^e Nature.

— occasionnel : 190 et ss.

Arbitre :

— compétence : 247 et ss.

— pour statuer sur la validité de son investiture :

— en droit français : 325 et ss.

— en droit international privé : 351 et ss.

— désignation d'office : 208, 394.

— tiers-arbitre : 200.

— partage : 306.

(1) Nous n'avons pas cru devoir consacrer une rubrique particulière au droit international, les problèmes étant traités à la fois sous l'angle du droit interne et sous celui du droit international.

Assimilation (théorie de l') : 105, 114, 121, 414, 437, 453, 456, 476, 479.

Autonomie :

- absolue de la volonté : 120, 159 *et ss.*, 184.
- de la clause compromissoire : V^e Clause compromissoire.

Autorité de chose jugée :

- de la sentence : V^e Sentence.
- de l'ordonnance d'exequatur : V^e Ordonnance d'exequatur.
- loi d'autonomie : 108 *et ss.*, 117, 121, 129, 132, 137 *et ss.*

Centres d'arbitrage professionnels : 217.

Chambre arbitrale :

- appel des sentences du second degré : 209.
- arbitre unique : 207.
- de Paris : 206.
- barème : 198.
- règlement : Annexe II.
- de province : 213.

Clause compromissoire :

- acte mixte : 359 *et ss.*
- autonomie : 61, 85, 135, 147 *et ss.*, 352 *et ss.*
- définition : 2.
- indice de la loi applicable au contrat principal : 133, 150.
- interdiction en matière civile : 19, 201.
- nature : V^e Nature.
- nullité d'ordre public (non) : 20, 84, 210.
- réalisation du compromis : V^e Compromis.
- validité : 18, 84.

Communication au Ministère public : V^e Ordre public.

Compétence :

- V^o Arbitre.
- V^o Contredit.
- V^o Incompétence.
- V^o Ordre public.

Compromis :

- définition 2.
- réalisation : 391 *et ss.*
- v^o Convention arbitrale.

Contredit : 256 *et ss.*

Convention arbitrale :

- action préventive en nullité : 316 et ss.
- détermination de l'objet : 294 et ss.
- extinction : 299 et ss.
- preuve : 386.

Conventions internationales :

- de Genève 1923 (Protocole) : 21, 175.
- de Genève 1927 : 129, 177 et ss., 460.
- de Genève 1961 : 85, 87, 104, 129, 131, 146, 158, 164, 167, 182 et ss., 204, 292, 357, 388, 461, 483.
- de New York 1958 : 87, 104, 129, 146, 163, 179 et ss. 204, 357, 388, 461.

Cour arbitrale européenne : 229.

Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale :

- barème : 198.
- règlement : Annexe I.

Défenses à exécution provisoire : 539.

Délai : 212, 304.

- prorogation : 210, 305.

Demandes additionnelles et reconventionnelles : 296.

Droit applicable à la sentence étrangère : v° Loi applicable.

Etat : incapacité pour compromettre : 88 et ss.

Exequatur :

- autorité compétente : 4, 456.
- pouvoirs : 471.
- nécessité d'un exequatur préalable à l'étranger : 459.
- préalable à l'exercice des voies de recours : 493.
- procédure : 455.
- sentence homologuée dans son pays d'origine : 463.
- v° Ordonnance d'exequatur.

Expertise : v° Arbitrage.

Genève.

- Convention de 1927 : v° Conventions internationales.
- Convention de 1961 : v° Conventions internationales.
- Protocole de 1923 : v° Conventions internationales.

Historique : 15 et ss.

Incompétence des Tribunaux ordinaires : 250, 271 et ss.

- limites : 286 et ss.
- nature : 272 et ss.

Loi applicable à la sentence étrangère : 105 et ss.

- au fond du litige : 157.
- latitude des parties dans le choix : 143 et ss.
- limites : 151.
- rattachement territorial : 123 et ss.
- pouvoir de compromettre : 153.
- v^o Assimilation (théorie de l').
- v^o Autonomie (loi d').

Mandataires sociaux (pouvoirs) : 401 et ss.

Motivation : v^o Ordre public.

Nature :

- arbitrage : 1, 26, 107, 245, 307, 314, 416.
- clause compromissoire : 250.
- ordonnance d'exequatur : 485.
- théorie de la nature autonome : 14, 25, 106, 117 et ss., 172 et ss., 245 et ss., 283.
- théorie de la nature contractuelle : 3, 5, 7, 105, 110 et ss., 116, 121, 138, 151, 152, 155 et ss.
- théorie de la nature juridictionnelle : 3, 4, 6, 121, 151, 155, 156, 157.
- théorie de la nature mixte : 3, 9, 13, 111, 112.

New York (Convention de) v^o Conventions internationales.

Nullité fiscale : 535.

Opposition à ordonnance d'exequatur :

- action préventive : 494.
- appel : 444.
- caractères : 442, 448, 531, 561, 564.
- coexistence avec l'appel : 564 ; avec la tierce opposition : 530.
- contre une sentence française : 439.
- contre une sentence étrangère : 445.
- indépendance par rapport à l'appel : 561.
- renonciation : 441.

Ordonnance d'exequatur :

- autorité de chose jugée : 525.
- appel : 486.

- tierce opposition : 488 et ss.
- appel 492.
- coexistence avec l'opposition à ordonnance d'exequatur : 564.
- recours : 484 et ss.

Ordre public : 28 et ss, 253, 273, 474, 480, 543 et ss.

- communication au Ministère public : 29, 58 et ss.
- compétence exclusive : 77 et ss.
- matières par nature : 82.
- motivation : 479.
- ordre public international : 32 et ss, 83, 253 et ss, 273.
- renonciation : v^o Opposition à ordonnance d'exequatur, renonciation.

V^o Sentence, appel, renonciation.

Pourvoi en cassation : 423.

Prise à partie : 418.

Prorogation de juridiction : v^o Arbitrage.

Recours : V^o Voies de recours.

— à un tiers pour fixation de prix : v^o arbitrage.

Référé : 287, 400, 488.

Renonciation : v^o Ordre public.

Révision au fond : 475.

Requête civile : 420.

Sentence :

- appel 426 et ss.
- coexistence avec l'opposition à ordonnance d'exequatur : 530.
- exclusion contre la sentence étrangère : 436.
- exequatur préalable : 503.
- indépendance par rapport à l'opposition à l'ordonnance d'exequatur : 561.
- renonciation : 429 et ss.
- tierce-opposition : 422.
- voie de réformation : 432.
- voie de nullité : 433.
- autorité de chose jugée : 5, 493, et 503 et ss., 515.
- loi applicable : v^o Loi applicable.
- recours : v^o Voies de recours.

Tierce opposition :

- contre la sentence : v^o Sentence.

— contre l'ordonnance d'exequatur : v° Ordonnance d'exequatur.

Tiers-arbitre : v° Arbitre.

Transaction : v° Arbitrage.

Voies de recours : 411 et ss.

- contre l'ordonnance d'exequatur : 484 et ss.
- contre la sentence : 418 et ss.
- v° Appel.
- v° Exequatur.
- v° Opposition à ordonnance d'exequatur.
- v° Ordonnance d'exequatur.
- v° Pourvoi en cassation.
- v° Prise à partie.
- v° Tierce-opposition.

LIBRAIRIE GÉNÉRALE
DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

Paris — N° 1007

Dépôt légal : 2^e Trimestre 1965

Printed
in
France

IMPRIMERIE HÉRISSEY

4, Rue Arsène-Meunier

ÉVREUX

